
BIBLIOTECA NAZIONALE VITT. EMANUELE ROMA
1
2 -I
17


FARNESI ALFREDO
Legat. di Libri
ROMA



Digitized by Google


Digitized by Google

Die

# Formellen Verträge

des neueren römischen Obligationenrechts

in Vergleichung mit den

Geschäftsformen des griechischen Rechts.

Von Heinrich Rudolph Gneist

Berlin, 1845.
Verlag von Ludwig Oehmigke.
[illegible]

9-9
III. 191

Digitized by Google

Die

# Formellen Verträge

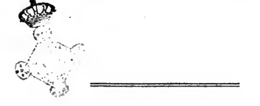
des neueren römischen Obligationenrechts

in Vergleichung mit den

**Geschäftsformen des griechischen Rechts**

von

**Dr. Heinrich Rudolph Gneist.**



**Berlin, 1845.**
Verlag von Ludwig Oehmigke.

Digitized by Google

Die Aufgabe dieser Schrift ist vier wirkliche oder vermeintliche formelle Verträge des römischen Rechts im Zusammenhange darzustellen: die Stipulation, die Stipulationsurkunden, den Litteralkontrakt durch chirographa und durch syngraphae. Vorangestellt ist eine Abhandlung über die exceptio non numeratae pecuniae, — nicht sowohl deshalb, weil dieser Theil der Schrift älteren Ursprungs ist, als weil nach richtiger oder irriger Ansicht dieses Rechtsmittel in alle jene Formalkontrakte eingreifen soll; und weil es zweckmäßig erscheint, eine Darstellung, deren Schwierigkeiten im Verlauf wachsen, an einem Punkte zu beginnen, welcher eine reiche Litteratur aufzuweisen hat, und eine sehr einfache Behandlung zuläßt. Hierdurch sind die fünf Abtheilungen dieser Schrift gegeben.

I. Die Abhandlung über die *exc. n. n. p.* enthält eine kritische Beleuchtung der zahlreichen Streitpunkte dieser Lehre. Schon hier bot sich Gelegenheit eine Reihe bisher übersehener Quellen-Zeugnisse in die Betrachtung hineinzuziehen. Manche neue Erörterungen, namentlich über die querela n. n. p., über Zeitpunkt und Umfang derselben bei Quittungen und Dotalinstrumenten (S. 25—57, 63—89) bilden die nothwendige Grundlage späterer schwierigerer Untersuchungen. Auch diese Rücksicht rechtfertigt die Voranstellung, ihre praktische Wichtigkeit die etwas größere Ausführlichkeit dieser Abhandlung.

Digitized by Google

II. Die Abhandlung über die Stipulation sucht eine quellenmäßige Auffassung der verborum obligatio als Grundlage der Lehre von der Klagbarkeit der Verträge im heutigen Recht. Unter dankbarer Anerkennung ihrer Vorgängerin, der scharfsinnigen Schrift von Liebe, welche in der ersten Hälfte der Abhandlung, namentlich im §. 2—4. mehrfach benutzt ist, weicht sie doch nicht nur im Ausgangs- und im Endpunkt wesentlich von Liebe ab, sondern hat auch im Verlauf der Darstellung das Streben nach Selbstständigkeit nirgends aufgegeben. Die Nothwendigkeit der dabei zu Grunde gelegten Dreitheilung der Stipulation nach ihrer causa ergiebt sich für einzele Zwecke aus der folgenden Abtheilung.

III. Die Abhandlung über die Stipulationsurkunden ist ihrem Gegenstande nach neu, und soll ein Versuch sein, eine Lücke in der Geschichte der römischen Formalkontrakte auszufüllen.

IV. Der sogenannte neuere Litteralkontrakt beruht auf einem Quellenapparat, der sich schon seit älterer Zeit, namentlich seit Salmasius, bis heute fortgepflanzt hat; aber für Lösung der Schwierigkeiten, auf die es ankommt, durchaus ungenügend ist. Hauptaufgabe war daher ein neues Material auch für die hier zu erörternden Streitfragen zusammenzustellen, die von selbst

V. zur *syngrapha* führen, als einem Litteralkontrakt für Peregrinen. Salmasius trägt die Schuld, daß die Auffassung dieses sogenannten Litteralkontrakts von Juristen und Philologen ohne Ausnahme verfehlt ist. Nur im Zusammenhange mit den Geschäftsformen des griechischen Rechts ist eine richtige Auffassung desselben möglich, durch welche eine Reihe von Stellen eine andere Bedeutung ge-

winnt. Wie bei den römischen Urkunden, so sind auch hier die zahlreichen (ägyptischen) Papyrusurkunden als mittelbare Hülfsmittel zur Bestimmung der äußeren und inneren Form der Urkunden bei den Alten benutzt. Für die Testamentsformen ist schon in dem bekannten Streit zwischen Salmasius und Heraldus Erhebliches geleistet. Die hier gegebene Zusammenstellung von Notizen über Namen und Formen der Urkunden bei den Alten, und der Versuch, einen praktischen Zusammenhang in den Äußerlichkeiten dieser anscheinend ganz willkührlichen Formen nachzuweisen, wird auch für nicht juristische Zwecke vielleicht nicht ohne Interesse sein.

Wenn die ganze Darstellung überwiegend exegetisch gehalten ist, so war diese Form durch die Mängel ihrer Vorgängerinnen, mancher Unbequemlichkeiten ungeachtet, geboten. Die Vieldeutigkeit einzeler Worte und der Zeugnisse römischer Konstitutionen, griechischer und römischer Schriftsteller machte eine solche Anordnung nöthig, in welcher durch Kombination mit den vorangegangenen Untersuchungen eine Deutung als die nothwendige sich von selbst ergiebt. Dieselbe Rücksicht machte nothwendig eine Reihe sprachlicher Bemerkungen in die Darstellung zu verweben, welche sämmtlich nothwendige Glieder in einer Beweiskette bilden, deren Stärke in ihrem Zusammenhange liegt. Nur auf diesem Wege konnte es versucht werden eine Reihe anscheinend unüberwindlicher Zweideutigkeiten zu heben, und eben diese Rücksicht mag eine etwas ungewöhnliche Darstellungsweise entschuldigen, welche sich meistens nur referirend an die Quellenzeugnisse anzuschließen scheint. Was an Eleganz der Form dadurch verloren, wurde andererseits an der Sache gewonnen. Es wurde dadurch auch möglich den Wider-

spruch zu verdecken, in welchem die Darstellung sich gegen ihre Vorgängerinnen überall entweder im Ausgangspunkt, oder im Resultat, oder in der Beweisführung befindet. Nur bei wichtigeren dogmengeschichtlichen Fragen sind solche Gegensätze hervorgehoben; übrigens sind unrichtige oder halbwahre Beweisgründe oder irrige Schlußfolgen in Nebenpunkten mit Stillschweigen übergangen. Eine persönliche Polemik gegen Vorgänger war um so weniger beabsichtigt, als die in den drei letzten Abtheilungen dargestellten Rechtsinstitute nur im Zusammenhange mit anderen Lehren der Alterthumswissenschaft erörtert werden konnten; was bisher nicht unternommen, wobei also auch Niemand für Unterlassungen eigentlich verantwortlich zu machen ist. Eben deshalb aber darf auf billige Nachsicht gerechnet werden, wenn bei einer Zusammenstellung sehr zerstreuter Notizen einzele besonders aus späteren griechischen und römischen Schriftstellern übersehen sein sollten; um so mehr als häufig früheren Ansichten gegenüber das Nichtvorkommen eines Worts, eines Rechtssatzes und ähnliche Negativen geltend gemacht werden mußten. — Die große Einfachheit der Darstellung hat die Entdeckung von Lücken, Unsicherheiten und Irrthümer, so wie Belehrungen und Berichtigungen nach Möglichkeit erleichtert. Solche sollen dankbar angenommen und benutzt werden.

Berlin im September 1844.

# Inhalt.

## I. Abtheilung.

### Die *exceptio non numeratae pecuniae.*



## II. Abtheilung.

### Die Stipulation und ihre *causa.*

## III. Abtheilung.

Die Stipulationsurkunden und die *querela n. n. p.*



## IV. Abtheilung.

Der neuere römische Litteralkontrakt.



## V. Abtheilung.

Die *syngrapha.*



---

I.

Die

# Exceptio non numeratae pecuniae.

---



Digitized by Google



# I. Quellen.

Tit. Just. Cod. *de non num. pec. IV.* 30. (später als h. t. bezeichnet). Bas. XXIII. tit. 1. c. 63—78.

c. 1. h. t. Bas. XXIII. c. 63. Fabrot. III. p. 327. schol. p. 347.
c. 2. h. t. Bas. eod. c. 64. Fabrot. III. p. 327. schol. p. 348.
c. 3. h. t. Bas. eod. c. 65. Fabrot. III. p. 328. schol. p. 348.
c. 4. h. t. Bas. eod. c. 66. Fabrot. III. p. 328. schol. p. 350.
c. 5. h. t. Bas. eod. c. 67. Fabrot. III. p. 328. schol. p. 350.
c. 6. h. t. Bas. eod. c. 68. Fabrot. III. p. 328. schol. p. 352.
c. 7. h. t. Bas. eod. c. 69. Fabrot. III. p. 328. schol. p. 352.
c. 8. h. t. Bas. eod. c. 70. Fabrot. III. p. 329. schol. p. 353.
c. 9. h. t. Bas. eod. c. 71. Fabrot. III. p. 329. schol. p. 354.
c. 10. h. t. Bas. eod. c. 72. Fabrot. III. p. 329. schol. p. 354.
c. 11. h. t. Bas. eod. c. 73. Fabrot. III. p. 330. schol. p. 356.
c. 12. h. t. Bas. eod. c. 74. Fabrot. III. p. 330. schol. p. 357.
c. 13. h. t. Bas. eod. c. 75. Fabrot. III. p. 330. schol. p. 358.
c. 14. pr. h. t. Bas. eod. c. 76. Fabrot. III. p. 330. schol. p. 359.
c. 14. §. 1. Bas. eod. Fabrot. III. p. 331. schol. p. 360.
c. 14. §. 2. eod. eod. schol. p. 362.
c. 14. §. 3. eod. eod. schol. p. 362.
c. 14. §. 4. eod. eod. schol. p. 363.
c. 15. h. t. Bas. eod. c. 77. Fabrot. III. p. 331. schol. p. 364.
c. 16. h. t. Bas. eod. c. 78. Fabrot. III. p. 332. schol. p. 364.
c. 21. de episc. aud. (1. 4.)
c. 3. de postul. (2. 6.) Bas. VIII. 1. 13. T. I. p. 398. Meerm. III. p. 14.
c. 4. ne fiscus. (2. 18.) Bas. VII. 11. 7. Tom. I. p. 341.
c. 2. de his quae vi. (2. 20.). Bas. X. 2. 25. Tom. I. p. 592.
c. 5. in qu. caus. in int. r. (2. 41.) Bas. X. 23. 5. Tom. I. p. 670.
c. 5. si cert. pet. (4. 2.) Bas. XXIII. 1. 49. T. III. p. 321. schol. 332.
c. 1. de condict. o. t. c. (4. 7.) Bas. XXIV. 2. 10. T. III. p. 522.
c. 4. de condict. ex L. (4. 9.) Bas. XXIV. 3. 4. T. III. p. 529.
c. 16. de fide instr. (4. 21.) Bas. XX. 1, 75. T. III. p. 14. schol. 75.
{ c. 6. de compens. (4. 31.) Bas. XXIV. 10. 30. T. III. p. 480.
{ c. 1. rer. amot. (5. 21.)

1 *

c. 1. de dote c. n. n. (5. 15.) Bas. XXIX. 5. 41. T. IV. p. 698. schol. 712. 732.

c. 2. und 3. eod.

c. 2. §. 1. de quadr. praescr. (7. 37.) Bas. L. 13, 2.

c. 1. si pign. conv. (8. 33.) Bas. XXV. 7, 55. T. IV. p. 80.

c. 4. de duob. r. (8. 40.)

c. 4. de apoch. publ. Bas. LVI. 8. 4. Tom. VI. p. 723.

Tit. Th. Cod. si cert. pet. (2. 27.)

Tit. J. de litter. oblig. (3. 21.)

§. 2. J. de except. (4. 13.)

Lex Rom. Burgund. tit. 30.

Gaji inst. epit. II. 9. §. 13.

nov. 18. c. 8. Bas. XXIII. 1, 62. Tom. III. p. 326. schol. p. 345.

nov. 100. Bas. XXIX. 3. 1. Tom. IV. p. 678. schol. p. 682.

nov. 136. c. 6. Bas. XXIII. 4. Tom. III. p. 487. schol. p. 490.

Edict. Just. 7. c. 2.

Theophilus III. 21. — IV. 13. §. 2.

Harmenopulus II. 2. 4. — II. 2. 6.

(Zu den Basiliken ist zwar die unvollendete **Heimbach**sche Ausgabe verglichen, jedoch der Gleichförmigkeit wegen nach **Fabrot** citirt.)

## II. Litteratur.

1. **Azo.** Comment. ad singulas Leges XII. libr. Cod. Just. Paris. 1577. fol. zum Titel: De non num. pec. (4. 30.)
2. **Cujacius.** *Recitationes* solemnes in Codicem h. t. (4. 30.) Opp. ed. Rauius. Neapol. 1722—27. fol. Tom. IX. p. 326—29. Ferner: *Paratitla* h. t. mit der enarratio des Fabrotus und die *Notae* h. t. Opp. Tom. X. p. 644. 645. 980. 981.
3. **Duarenus.** Comment. in varios Digestorum libros. Tit. de Rebus Creditis. Opp. Francf. 1598. fol. p. 992. sqq.
4. **Aug. Donellus.** Commentarii absolutissimi in II. III. IV. VI. und VIII. librum Codicis h. t. Opp. Lucae. 1765. fol. Tom. VIII. p. 197—308.
5. **A. Chassanaeus.** Alexandri Severi rescripta universa comment. illustr. Paris. 1635. 4. p. 405—8. 474. sqq.
6. **A. Vinnius.** Comment. in IV. libros Instit. ed. Heineccius. Lugd. Bat. 1726. 4. p. 735. vergl. die Selectae quaestiones jur. Traj. 1733. 4. Lib. I. c. 41. p. 80—83.

7. Ant. Schulting. Jurispr. vetus Antejustianea ed. Ayrer. Lips. 1737. 4. S. 159—165. (Noten von Schulting und Disel.)
8. Jo. Brunnemann. Comment. in XII. Libros Cod. h. t. Lips. 1699. fol. S. 440 ff.
9. Sam. de Cocceji. Jus civile controversum. Tom. I. Lips. 1799. 4. Tit. de R. C. quaest. 19. ff. S. 600. und die Noten von Emminghaus.
10. C. F. Walch. Introd. in controversias juris civilis. Jen. 1791. S. 580—588.
11. Zanger. Tractatus de exceptionibus. Diss. de Exceptione n. n. p. Francf. 1763. Tom. I. S. 585 - 594. Ferner eine Abhandlung von Michaelis. Tom. II. S. 933—48.
12. Joh. Balt. a Wernher select. Observ. forens. Viteb. 1710. 4. (s. die indices.)
13. Fr. Chr. a Pufendorf Observ. juris universi. Cell. 1757. P. I. obs. 6. p. 166—173. I. 170—74. IV.
14. Lauterbach. Collegium theor. pract. ad Libr. Pand. Tub. 1790. 4. S. 744—791. Tom. I.
15. Fr. Becmanni. Consil. et decis. Goett. 1784. Tom. I. S. 435—52.
16. G. L. Menken. Diss. de vera indole litt. obl. et exc. n. n. p. Opusc. No. 13.
17. Gundling. D. de exc. n. n. p. (Gundlingiana Stück 40., abgedruckt Th. II. der Reitzschen Ausgabe des Theophilus).
18. H. Meurer. Juristische Abhandlungen und Beobachtungen. Leipzig 1780. 8. Abhdlg. 2. und 3. (Zwei mit vieler Laune und anerkennungswürdigem Scharfsinn geschriebene, durchaus selbstständige Abhandlungen, — häufig jedoch in sophistische Deduktionen abirrend.)
19. B. W. Pfeiffer. Vermischte Aufsätze über Gegenstände des deutsch. und röm. Privatrechts. Marburg 1803. 8. S. 126—187. Ebendesselben: Praktische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft. Hann. 1828. 4. Bd. 2. S. 146—167. (Von allen Arbeiten über unseren Gegenstand wohl die gründlichsten und unbefangensten.)
20. Chr. Fr. Glück. Ausführliche Erläuterung der Pandekten. Bd. 12. S. 99—177. (vgl. Bd. 25. S. 246—259.) — eine fleißige und vielbenutzte Zusammenstellung früherer Ansichten, ohne erhebliche neue Ideen.
21. F. Maier. D. de vera exceptionis n. n. p. indole. Wirceb.

1817. 8. (Recension Heidelb. Jahrb. 1819. S. 654—56.) — eine fleißige dogmatische Ausführung der hergebrachten Ansichten mit flüchtigen historischen Untersuchungen.

22. A. Hansen. Über die Frage: bei welchen Geschäften findet die zwei Jahr lang dauernde Einrede des nicht gezahlten Geldes statt? Archiv für civil. Praxis. Bd. 4. (1821) S. 45—65. (Scharfsinnige Ausführung einiger eigenthümlichen — freilich unrichtigen — Ideen.)

23. Reinhardt. Vermischte Aufsätze aus dem Gebiet der reinen und angewandten Rechtswissenschaft. Stuttg. 1822. No. 9. S. 33—58.

24. Marezoll. Magazin für Rechtswissensch. u. Gesetzgebung. Th. 4. S. 386—92. (Sehr verdienstliche Beiträge zu unserer Lehre.)

25. Unterholzner. über die exc. n. n. p. Archiv für civil. Praxis Bd. 7. (1827.) S. 1—59.
(vgl. Desselben Lehre von den Schuldverhältnissen. Bd. 1. S. 70 ff.)
Der hochverdiente Verfasser hat als Civilist einen so wohlbekannten Namen hinterlassen, daß ich nicht ohne Bedenken gestehe, die von ihm hier aufgestellten eigenthümlichen Ansichten durchweg für unrichtig und die von ihm versuchten Erklärungen für gezwungen halten zu müssen.

26. Walbeck. Kontroversenentscheidungen. Th. I. 1827. 8. S. 178—191. (Über die Begrenzung der exc. n. n. p.)

27. W. T. Kraut. D. de argentariis et nummulariis. Gött. 1827. 8.

28. F. W. Cropp. Über litterarum obligatio, cautio indiscreta und pecunia cauta non numerata. Jurist. Abhandlungen von Heise und Cropp. Bd. 1. S. 325—86. (1827.)

29. Endemann. Progr. de chirographo et exceptione n. n. p. Marb. 1832. 4.

30. v. Buchholz. Juristische Abhandlungen. Königsberg 1833. 8. Abhdlg. 10. S. 269—78.

31. v. Bothmer, in Gans Zeitschrift für die Rechtspflege in Hannover. Bd. 1. S. 169—182.

32. Sintenis. Von der processualischen Natur der exceptio n. n. p. und indebiti cauti. Sell Jahrb. für Bearbeitung des Röm. Rechts. Bd. 1. S. 254—308. Braunschweig 1841.

Ferner pflegen citirt zu werden ältere Dissertationen von Mieler, Berger, Slüter, Friesen, Madihn, Zoller, Teller, Zoll, Schwendendörfer; sämmtlich aus dem 18ten Jahrhundert.

Digitized by Google

## §. 1.
### Begriff der exceptio n. n. p.

Die Erfahrung lehrt, daß Darlehnsnehmer ihrem zukünftigen Gläubiger häufig einen Schuldschein eher ausstellen, als sie die Darlehnssumme empfangen haben. Oft zerschlägt sich nachher das Geschäft, und es entsteht nun die Gefahr für den Schuldner, daß er auf Rückzahlung des Darlehns belangt wird, obgleich er solches nicht erhalten hat; und daß der Kläger zum Beweise der Hingabe des Darlehns sich auf den Schuldschein beruft, welchen der Schuldner nur in Erwartung der **Valuta** ausgestellt hatte. Der Beklagte müßte dann, wenn er des Schuldbekenntnisses ungeachtet den Empfang der Zahlung leugnet, einen lästigen und gefährlichen Gegenbeweis (meistens durch Eidesdelation) führen. Gegen diese Gefahr schützt ihn die **exceptio non numeratae pecuniae**. Sie bewirkt, daß der Gläubiger keinen Gebrauch von dem Scheine zum Beweise der Zahlung machen kann, diese vielmehr durch andere Beweismittel darthün muß.

Dies ist die Idee, welche man gewöhnlich mit dem Namen **exceptio n. n. p.** verbindet, und in der That findet sich das Rechtsmittel in diesem Sinne in der oben zusammengestellten Reihe von Constitutionen römischer Kaiser und im nachjustinianischen Recht. Wir können sie also bezeichnen als ein Rechtsmittel, durch welches der Darlehnsgläubiger genöthigt wird, die Auszahlung

des Darlehns noch besonders zu beweisen, obgleich er ein schriftliches Bekenntniß des Schuldners über die Zahlung in Händen hat.

Diese gewöhnliche Vorstellung von der exceptio n. n. p. ist nun zwar an sich nicht unrichtig, jedoch zu eng. Denn eine exc. n. n. p. kommt bei Gajus und in den Pandekten auch noch in einer andern, anscheinend ganz verschiedenen Bedeutung vor. Wenn nämlich Jemand in Erwartung eines Darlehns sich durch Stipulation zur Rückzahlung desselben verpflichtet und nachher die Valuta nicht empfangen hat, so kann er zwar der Strenge nach mit der Klage ex stipulatu belangt werden: er kann sich aber dagegen mit einer exceptio doli schützen, welche abwechselnd auch den Namen exceptio n. n. p. führt[1]). Der Unterschied zwischen beiden Exceptionen fällt in die Augen. Dort eine exceptio gegen den Schuldschein gerichtet; — hier gegen die formell bindende Kraft der Stipulation.

Beide Fälle können aber auch concurriren. Es war nämlich im spätern Röm. Rechte üblich, eine schriftliche Urkunde über die eingegangene Stipulation auszustellen. Solche Urkunde wird gewöhnlich durch cautio bezeichnet, und enthielt regelmäßig zugleich ein Bekenntniß des Schuldners über das der Stipulation zu Grunde liegende Geschäft. Hat nun ein Schuldner in Erwartung eines Darlehns einen solchen Schuldschein mit der Stipulationsklausel ausgestellt, so bedarf er der exceptio n. n. p. in doppelter Weise: ein-

---

1) Davon sprechen: Gaj. IV. 116. 119. fr. 30. de R. C. (12. 1.) fr. 4. §. 1. de pecul. (15. 1.) fr. 29. mandati (17. 1.) fr. 4. quae res pign. (20. 3.) fr. 52. solut. matrim. (24. 3.) fr. 2. §. 3. fr. 4. §. 16. de doli exc. (44. 4.) fr. 1. §. 2. de stip. servor. (45. 3.) §. 2. J. de exc. (4. 13.)

mal als Schutzmittel gegen die obligatorisch bindende Kraft der Stipulation; sodann aber auch zur Entkräftung der Beweiskraft des schriftlichen Empfangsbekenntnisses. Man kann also in dreifacher Anwendung von einer exceptio n. n. p. sprechen:

1. als Einrede gegen einfache Schuldscheine über ein Darlehn. Wenigstens ist die Anwendung bei Darlehnsschuldscheinen nach der herrschenden Ansicht der Hauptfall;
2. als Einrede gegen die Obligation aus einer Stipulation, der ein Darlehn zu Grunde lag;
3. als Einrede gegen einen Darlehns-Schuldschein mit der Stipulationsklausel.

Einige Stellen des Konstitutionenrechts sprechen erweislich gerade von dem letzten Falle. Fast alle aber lassen eine solche Interpretation wenigstens zu, da die Ausdrücke cautio, cavere bald einen einfachen Schuldschein, bald einen Schuldschein mit der Stipulationsklausel bezeichnen. Dessenungeachtet ist in den neuern Schriften über diesen Gegenstand fast nur von einer exceptio gegen einfache Schuldscheine die Rede, — und hierin liegt der Hauptfehler der Behandlung, die Hauptveranlassung zu einer Überzahl leichtfertiger Hypothesen, welche bei genauerer exegetischer Behandlung in Nichts zerfließen. Die ganze Lehre beruht überhaupt fast nur auf Rescripten, die in keinem innern Zusammenhange stehen und, ihrer Dürftigkeit wegen und weil uns die veranlassenden Umstände unbekannt sind, häufig eine mehrfache Deutung zulassen. Nicht leicht hat daher eine Monographie über diesen Gegenstand ohne die eine oder die andere gewagte Konjectur Zusammenhang in diese Lehre zu bringen vermocht. Daher ist denn auch die Natur und die Anwendung dieser Einrede, selbst auf einfache Schuldscheine, zu den

bestrittensten und zweifelhaftesten Materien des Civilrechts zu rechnen. Einige halten sie für eine gewöhnliche peremtorische Einrede, Andere für eine besondere, sog. „negative" Einrede, Andere für eine Beweiseinrede, Andere für eine verneinende Streiteinlassung. Einige sehen die Sache so an, als ob durch Schuldscheine im justinianischen Recht überhaupt eine litterarum obligatio entstehe, Andere nehmen eine litterarum obligatio erst an nach Ablauf der zweijährigen Frist, innerhalb welcher die exceptio n. n. p. stattfindet, insofern dann der Schuldner unbedingt an den Schuldschein gebunden sei, und selbst dann nicht gehört werde, wenn er den Beweis der Nichtzahlung übernehmen will. Andere erklären diese Wirkung für eine bloße praesumtio juris, oder Verjährung; Andere leugnen sie ganz, indem sie auch nach Ablauf der zweijährigen Frist einen Gegenbeweis der nicht empfangenen Valuta zulassen. Einige nennen sie dann eine exceptio n. n. p. non privilegiata: Andere verwerfen wenigstens diesen Namen. Einige leiten die Zulässigkeit des Gegenbeweises schon aus dem Römischen Recht, Andere aus dem Gerichtsgebrauch her.

Einige lassen die exceptio n. n. p. nur beim Darlehnsgeschäft und der dos; Andere bei allen Realcontracten außer dem Depositum; Andere gegen alle Empfangscheine über Sachen gelten. Einige leugnen endlich überhaupt die Anwendbarkeit der exceptio n. n. p. in unseren Gerichten [2]).

Die Entscheidung dieser und anderer, namentlich durch die beiden tüchtigen Abhandlungen von Meurer und Pfeiffer lebhaft angeregten, Controversen wird zum Theil schon

---

2) Glück a. a. O. Bd. 12. S. 169.

in dieser Abhandlung erfolgen. Ein Theil derselben aber ist nicht auf dem bisherigen Wege, sondern nur im historischen Zusammenhange mit andern Instituten in der III. und IV. Abhandlung zu lösen.

Indem wir uns nun in der gegenwärtigen Darstellung an die bisherigen literarischen Leistungen anschließen und die verschiedenen Ideen über die Anwendung der exc. n. n. p. kritisch und exegetisch erörtern, so werden wir zunächst im Stande sein, einige allgemeine Sätze zur Charakteristik dieser Einrede voranzuschicken.

1. Wo die exc. n. n. p. in den Quellen erwähnt wird, ist damit stets eine Einrede gemeint, entweder gegen eine Stipulation, oder gegen einen Schuldschein. Das einfache Ableugnen einer angeblich erhaltenen Darlehnszahlung, also die einfache negative Litiskontestation gegen die Darlehnsklage, heißt niemals exceptio n. n. p. — auch dann nicht, wenn sich der Kläger etwa auf ein mündliches Empfangsbekenntniß berufen sollte. Irrthümlich behaupten das Gegentheil Donell, Pfeiffer und Maier[3]).

Diese Schriftsteller berufen sich darauf, daß auch in diesem Falle dieselbe „ratio legis" vorhanden sei: was offenbar unrichtig ist und keiner Widerlegung bedarf[4]). Sodann beziehen sie sich auf c. 13. h. t. und §. 2. I. de except., in welchen das Institut der exc. n. n. p. erwähnt werde, ohne daß dabei von einem Schuldschein die Rede sei. Aber in beiden Stellen wird nicht von einem einfachen Ab-

3) Donell a. a. O. S. 215. (vgl. 267—69.) 260. 285. Pfeiffer Prakt. Ausführ. a. a. O. S. 152—54. Maier Diss. cit. S. 8. — 4) S. Meurer a. a. O. S. 30. 96. 39. Vinnius a. a. O. S. 738.



leugnen der Zahlung gesprochen, sondern es wird eine stipulatio vorausgesetzt, gegen welche die exceptio gebraucht werden soll.

Endlich beruft sich Pfeiffer noch auf c. 10. h. t.: **Asseveratio debitum solutum contendentis temporis diuturnitate non excluditur. Nec huic obloquitur, quod exceptio n. n. p. certo die non delata querela prius evanescat: cum inter eum, qui factum adseverans onus obiit probationis, et negantem numerationem (cujus naturali ratione nulla probatio est) et ob hoc ad petitorem ejus rei necessitatem transferentem magna differentia sit.**

Allerdings ist hier direkt weder von Schuldschein, noch Stipulation die Rede. Aber die Erwähnung eines besonderen Zeitraums, in welchem die Ableugnung der Zahlung nur statthaft sein soll, zeigt, daß von keinem einfachen Ableugnen die Rede sein kann, sondern nur von dem positiven, an einen gewissen Zeitraum geknüpften, Institut der exceptio n. n. p. gegen Schuldscheine, (welche auch von den Scholiasten ausdrücklich genannt werden). Eine vollständige Übersicht der Quellen führt vielmehr zu dem Resultat, daß diese Ansicht ganz unrömisch ist.

2. Ebenso unzweifelhaft ist folgende Eigenthümlichkeit des Instituts:

Sobald der Ausdruck exceptio n. n. p., sei es mit Bezug auf eine Stipulation, oder einen Schuldschein gebraucht wird, so bewirkt dies, daß der Dahrlehnsgläubiger genöthigt wird, die Zahlung der Valuta nachzuweisen. Eine Einrede der Art, bei welcher der Schuldner die Nichtzahlung zu erweisen hätte, giebt es nicht.

Darüber sind denn auch fast alle Monographieen über diese Lehre einverstanden [5]).

In den Quellen wird dies stets, als sich von selbst verstehend, vorausgesetzt. Z. B. in der c. 3. h. t.:

> **Si ex cautione tua conveniri coeperis: exceptione opposita, seu doli, seu non numeratae pecuniae *compellitur petitor probare* pecuniam tibi esse numeratam.**

Ähnlich **Theophilus** im Titel der Institutionen **de litt. obl. (III. 21.)**:

> *Μετὰ γὰρ τοῦτον τὸν χρόνον οὐκ ἦν ἀντιτιθέναι τὴν τῆς ἀναργυρίας παραγραφὴν, τουτέστι τὴν* **n. n. p. exceptionem,** *καὶ λέγειν τῷ δανειστῇ· Δεῖξον, ὅτι ἀπηρίθμησας.*

Ähnliche Ausdrucksweisen kommen in der **novell. 100** vor. Ja in der **c. 10. h. t.** wird mit Bezug auf die **exceptio n. n. p.** geradezu gesagt:

> **„negantis *naturali ratione* nulla est probatio."**

Dessenungeachtet sprechen Schriftsteller, namentlich des achtzehnten Jahrhunderts [6]), auch von einer **exceptio n. n. p.** mit umgekehrter Beweislast und nennen sie **exceptio n. n. p. non privilegiata**, im Gegensatz der römischen, welche sie sich als eine **privilegiata** denken.

Auch dies ist völlig unrömisch.

3. Endlich wird sich schon hier vorweg die Frage nach dem Subjekt der **exceptio n. n. p.** erörtern lassen.

Die **exceptio n. n. p.** gehört zu den Einreden, welche

---

5) Namentlich Pfeiffer a. a. O. verm. Abh. S. 126. 127. 130. 149. 167. 168. Meurer a. a. O. S. 39. 56. not. 64. — 6) Z. B. Höpfner a. a. O. S. 694. vgl. noch Maier a. a. O. S. 48. 33. 41.



die römischen Juristen als non personae, sed causae cohaerentes bezeichnen[7]). Sie kommt also nicht nur dem Schuldner selbst zu Statten, sondern auch seinen Rechtsnachfolgern und accessorisch Verpflichteten. Der Erbe und der Successor überhaupt werden in unseren Quellen ausdrücklich als solche Berechtigte bezeichnet[8]). Ebenso Fidejussoren und Mandatoren[9]). Sie wird auch z. B. im Konkurse, den Gläubigern des Darlehnsschuldners gegeben, natürlich ohne Präjudiz für diesen[10]).

Umgekehrt wird sie nicht nur dem ursprünglichen Darlehnsgläubiger selbst entgegengesetzt, sondern, nach dem ausdrücklichen Zeugniß der Quellen auch dessen Erben[11]). Sie steht also Jedem und gegen Jeden zu, welcher, aktiv oder passiv, in das durch die wirkliche oder angebliche Darlehnshingabe begründete Rechtsverhältniß eintritt[12]).

## §. 2.

## Zeitraum der exceptio n. n. p.

Die exceptio n. n. p. gegen Schuldscheine ist nach Justinians Vorschrift nur binnen zwei Jahren nach Ausstellung des Scheins zulässig[1]). Dieser Zeitraum soll tempus continuum sein, und nach dem Tode des Schuldners dessen Erben nur noch der Rest der Zeit aus der Person

---

7) Vgl. fr. 7. de exc. (44. 1.) fr. 4. §. 27. de doli exc. (44. 4.) fr. 4. de novat. (46. 2.) — 8) c. 8. 14. h. t. — 9) c. 12. h. t. (vgl. fr. 32. de fidej. fr. 7. 19. de excc. (44. 1.) §. 4. I. de replic. (4. 14.) c. 11. de excc. (8. 36) — 10) c. 15. h. t. — 11) c. 8. h. t. — 12) Nicht uninteressante praktische Anwendungen s. bei Glück a. a. O. S. 147. 148. Donell a. a. O. S. 303—6. 245—47. 262—64. Voet. Pand. S. 498. Zanger S. 590. Maier S. 55. — 1) c. 8. 14. h. t.

ihres Erblassers zu gut kommen. **Restitutio in integrum** gegen den Zeitablauf ist zulässig unter den gewöhnlichen Voraussetzungen [2]).

Vor Justinian dauerte die Einrede 5 Jahre. Er selbst bezeugt dies wiederholt [3]), und noch in der **Lex Romana Burgundionum** und in der **interpretatio** zum Theodosischen Codex wird der fünfjährige Zeitraum ausdrücklich erwähnt [4]). Dabei wird mehrfach bezeugt, daß die Einführung des fünfjährigen Zeitraums aus Kaiserkonstitutionen herrühre. Eine hierauf bezügliche Konstitution ist uns sogar erhalten im **Breviarium Alaricianum** als Fragment des **Hermogenianus Codex** [5]):

**Tit. de cauta et non numerata pecunia.**

**Aurelius Alexio.**

**Ex cautione non numeratae pecuniae non anni, sed quinquennii spatio deficere nuper censuimus. Scripta VII. Id. Apriles Syrmio. Caes. A. Coss.**

Die Interpretation bemerkt dazu:

**Secundum legem (L. 1. § 3.) ex corpore Theodosiano, si certum petatur de chirographis, quia de *quinquennio* habet expositum, ideo hunc legem ex Hermogeniano credidimus adjungendam, quae tempora, intra quae contestari convenit de cauta et non num. pec., id est intra *quinquennium* evidenter ostendit.**

---

2) c. 13. 14. h. t. — 3) c. 14. h. t. tit. I. de litt. obl. — 4) L. Rom. Burg. tit. 30. Interpret. zu c. un. §. 3. Th. C. si cert. pet. 2. 27. — 5) Schulting Jus civ. Antejust. S. 709. Jus civ. Antej. Berol. 1815. Tom. I. S. 272. Zeitschr. für Geschichtl. Rechtswissenschaft Bd. 9. S. 280. Glück a. a. O. not. Walch. jus civ. controvers. S. 583—85.



Obwohl die Stelle verstümmelt ist, so erscheint doch der Sinn aus der Verbindung mit der Titelrubrik und mit der Interpretation klar. Verstümmelt sind zunächst die Anfangsworte. Denn weder das gewöhnliche „Ex cautione," noch die Lesart der Pithou'schen Handschrift „Et cautionem" giebt einen Sinn. Man emendirt daher gewöhnlich:

Exceptionem non numeratae pecuniae non anni, sed quinquennii spatio deficere nuper censuimus[6]), — wogegen sich wohl nichts erinnern läßt. Verstümmelt ist ferner aber auch wahrscheinlich die Inschrift „Aurelius Alexio". Zweifelhaft ist zunächst die Frage, wer jener Kaiser Aurelius gewesen sei. Man hat bald Honorius, bald Alex. Sever, bald Diokletian angenommen; weil auch dieser, wie sein späterer Mitregent Maximian, nach mehreren Inschriften bei Gruter den Vornamen Aurelius führt. Ich gebe darauf deshalb wenig, weil die Bezeichnung dieses Kaisers durch ein praenomen doch etwas ganz Ungewöhnliches sein würde; weil man auch so nicht wohl umhin kann, die Inscription für verstümmelt zu halten, und weil auch andere Kaiser den damals außerordentlich oft vorkommenden Vornamen Aurelius geführt haben. Wenn überhaupt etwas fehlt, so ist es wahrscheinlicher, daß die Anfangsworte der Inscription weggefallen sind, daß also eher — „Aurelio Alexio" zu lesen ist; so daß der Name des Kaisers ganz fehlt. Dessenungeachtet sprechen überwiegende Gründe dafür, diese Konstitution in die Zeit Diokletians zu setzen. Zunächst die subscriptio Syrmium oder Sirmium. Aus diesem befestigten Lager in Pannonien sind eine

6) Hotomann Comment. ad Instit. p. 352. will statt dessen querelam einschieben: Ex cautione n. n. p. — querelam deficere.

eine überaus große Anzahl (gegen 200) Rescripte Diokletians erlassen. Freilich hielten sich schon im Laufe des dritten Jahrhunderts mehre Kaiser in Sirmium auf. Maximinus brachte dort den Winter a. 236 zu; Claudius starb daselbst a. 270; ebendaselbst nahm Aurelian die Kaiserwürde an; Probus besuchte Sirmium a. 277, und wurde dort von seinen Soldaten ermordet a. 283[7]). Der Aufenthalt jener frühern Kaiser scheint indessen ein vorübergehender gewesen zu sein. Wenigstens ist mir aus den Zeiten vor Diokletian kein aus Sirmium datirtes Rescript bekannt, und auch von späteren Kaisern sind dort selten Konstitutionen erlassen[8]). Ferner ist das Zeitalter Diokletians wahrscheinlich nach der Stellung der Konstitution im Hermogenianischen Codex, der keine älteren Konstitutionen enthält, als von Diokletian, und einige spätere[9]). Da nun überhaupt der Hermogenianische Codex jünger, als der Gregorianische, und eine Art Supplement zu diesem zu sein scheint: möchte die Konstitution wenigstens nicht vor Diokletian zu setzen sein. Für unsere Zwecke kommt es übrigens, wie sich unten ergeben wird, nur darauf an, daß sie nicht älter als a. 215 ist. Sie dem Alex. Sever oder gar dem Honorius zuzuschreiben, fehlt übrigens jeder Grund.

Der ursprüngliche einjährige Zeitraum war vor dieser Konstitution wohl ein tempus, utile[10]), und wurde nun

---

7) Tillemont Histoire des empereurs Romains. Tom. III. S. 224. 373. 379. 425. 436. Ob dort Mark Aurel starb, ist ungewiß. Tom. II. S. 395. — 8) Einige von Konstantin und dessen Söhnen, die letzten von Gratianus c. 4. (12. 24.) c. 4. (12. 29.) — 9) Schulting Jus civ. Antej. S. 823. ff. in der Consultatio. — 10) Unterholzner a. a. O. S. 39. vgl. c. un. de praescr. Ital. contr.; daß das quinquennium continuum sei, dafür

in ein tempus continuum von 5 Jahr verwandelt, — wie Ähnliches so oft in der späteren Kaiserzeit geschah[11]). Auch jenen einjährigen Zeitraum hält Glück[12]) und Andre nicht für den ursprünglichen. Sie gehen von der Idee aus, die exceptio n. n. p. gegen Schuldscheine sei ursprünglich perpetua gewesen. Diese Annahme ist jedoch völlig unerwiesen, ja ich halte sie für höchst unwahrscheinlich. Die Einschränkung einer perpetua exceptio auf ein Jahr wäre etwas ganz Unerhörtes, und eine perpetuelle Einrede der Art wäre unvereinbar mit der zu allen Zeiten im römischen Recht anerkannten Beweiskraft der Schuldscheine. Jene Annahme beruht vielmehr wohl nur auf einer Verwirrung, indem man die exceptio n. n. p. gegen Stipulationen, welche allerdings in den Pandekten als perpetua erscheint, ohne Weiteres für eins hielt mit der exceptio n. n. p. gegen Schuldscheine.

Ein anderer Irrthum Unterholzners, herbeigeführt durch den annus utilis der exceptio, ist der, daß er sie als eine Art in integrum restitutio ansieht. Er hätte diese Idee noch unterstützen können durch die so häufige Bezeichnung unseres Instituts als querela n. n. p., während querela auch öfter zur Bezeichnung der rest. in integrum gebraucht wird[13]).

Ein solcher Gesichtspunkt ist indessen in den Quellen nirgends angedeutet. Die ganze Ansicht ist vielmehr nur

---

spricht die Wendung in c. 14. h. t.: „non intra quinquennium — sed intra solum biennium continuum." — 11) Z. B. Th. Cod. II. 15. II. 16. c. 7. C. Just. (2. 41.) c. 1. pr. (7. 40.) c. 7. (2. 53.) c. 8. (2. 21.) — 12) Glück a. a. O. S. 132. 140. Unterholzner S. 39. Avezan a. a. O. S. 34b. Cujacius rec. solemn. ad h. t. am Ende. — 13) Vgl. unten den Abschnitt über Querela n. n. p.

ein Belag zu dem Unfug, welchen Neuere mit willführlicher Annahme von in integrum Restitutionen treiben. Unterholzner selbst nimmt an, daß der Schuldschein als solcher nur Beweismittel sei, und keine litterarum obligatio begründe. Die Restitution müßte also eine Wiedereinsetzung gegen die Beweiskraft eines Schuldscheins sein, was doch sicher unrömisch ist[14]).

## §. 3.

## Wirkung der exceptio n. n. p.

Binnen 2 Jahren nach der Ausstellung des Schuldscheins bewirkt die exceptio n. n. p., daß der Gläubiger, ohne sich auf den Schuldschein berufen zu können, die Zahlung des Darlehns anderweitig erweisen muß, und zwar durch jedes sonstige zulässige Beweismittel[1]). Dies ist jetzt unbestritten und nach Lage der Quellen unbestreitbar[2]). Nur ein Paar ältere Juristen haben, ohne sonderlichen Erfolg, auch dies weg zu disputiren gesucht[3]). Es ist dabei gleichgültig, ob der Schuldner die Zahlung des Darlehns ganz oder theilweise ableugnet[4]).

---

14) In der c. 2. si adv. creditorem (2. 38.) wird sogar ausdrücklich von einem restitui adversus cautionem gesprochen. Aber die „cautio, qua te obligasti" ist hier offenbar eine Stipulation und die restitutio in integrum die gewöhnliche wegen minor aetas. — 1) Weitläuftige Erörterung darüber bei Maier a. a. O. S. 56—64. — 2) C. 3. 10. 14. h. t. und ein argumentum a contrario aus nov. 136. c. 5. 6. — 3) Michaelis bei Zanger a. a. O. S. 936—38. 945. 946. — Die entgegenstehenden Quellenstellen sollen sich nur auf die sogenannten cautiones indiscretae beziehen! — 4) c. 9. c. 14. §. 1. 2. h. t. coll. nov. 100. c. 1. Freilich macht hier für das ältere Recht die c. 2. h. t. Schwierigkeiten. S. darüber Unterholzner a. a. O. S. 31. Cujacius S. 326. Donellus S. 209 — 12.

Gegen frevcntliches Ablengnen hat Justinian hier besondere Privatstrafen eingeführt, welche nach Verschiedenheit der Fälle bald in Strafe des Zweifachen, Einfachen, oder nur der Kostenerstattung bestehen; an deren Stelle jedoch die Praxis meistens arbiträre Strafen eintreten läßt[5]).

Der innere Grund dieser Eigenthümlichkeit, vermöge deren der Schuldschein hier seine sonstige Beweiskraft verliert, wird schon bei den Scholiasten angedeutet, und bei den Neueren meistens ausführlich erörtert[6]): daß die **exceptio n. n. p.** nemlich ein Schutzmittel gegen habsüchtige und betrügliche Gläubiger sein solle, welche den Geldbedürftigen in seiner Noth zur übereilten Ausstellung eines Schuldscheins nöthigen und dann zu hintergehen pflegen.

**Quod praesumtio sit contra actorem**, wie es bei **Cocceji** heißt, **tum propter auaritiam creditorum, tum propter iudigentiam debitorum; — debitor indigentia pecuniae coactus facile quasque avari creditoris conditiones admittit, et ab eo desideratam cautionem ante numerationem emittit.**

Es führt jedoch leicht zu unrichtigen Folgerungen, wenn man zu viel Gewicht auf eine solche **ratio legis** legt, die in den Quellen nicht mit einem Worte angedeutet ist[7]). Auch paßt

---

**Lauterbach** S. 788. **Glück** S. 148—151. **Maier** S. 54. Wirklich zu einem Irrthum verleitet durch die c. 2. h. t. ist der Scholiast. **Bas. III. 349.** — 5) **Auth. Contra qui h. l. nov. 18. c. 8. Donellus** S. 227—34. **Lauterbach** a. a. O. S. 788. **Glück** a. a. O. S. 164. **Voet** S. 496. **Menken** a. a. O. S. 436. 437. — 6) **Schol. Bas III.** S. 360. **Cocceji** a. a. O. qu. 22. **Maier** S. 37. **Cropp** S. 343. **Donellus** S. 278. **Zanger** S. 587. **Glück** S. 105. **Unterholzner** S. 7. 8. — **Meurer** a. a. O. S. 91—95 pflegt zwar als übereinstimmend angeführt zu werden; er hat aber in den Zusätzen S. 270. diese **ratio legis** ausdrücklich aufgegeben. — 7) Allenfalls läge solche Andeutung in **c. 2. si pign. conv.**,

diese ratio legis offenbar nicht auf die exceptio n. n. p. in ihrer späteren Ausdehnung auf Quittungen und Empfangsbekenntnisse der dos, bei denen ein solches Drängen des Gegners nicht vorkommt. Freilich ist man auch hier um einen Grund nicht verlegen gewesen, und setzt die ratio legis wunderbar genug in die Sehnsucht des Mannes, recht bald eine Gattin heimzuführen, — ohne jedoch zu erwägen, daß Bestellung und Empfangsbekenntniß der dos im römischen Recht ebensowohl nach Eingehung der Ehe erfolgen können.

Richtiger ist vielmehr folgender Gesichtspunkt. Es ist nicht ausführbar, daß die Zahlung des Darlehns Zug um Zug erfolge mit der Aushändigung des Schuldscheines an den Gläubiger. Es kommt also mindestens eben so oft vor, daß der Schuldschein vor der Zahlung ausgehändigt wird, als nachher. Die Quellen erwähnen daher stets einfach, daß die frühere Aushändigung vorkomme, Sitte sei; ohne mit einer Sylbe anzudeuten, daß hier grade böser Wille des Gläubigers zu vermuthen.

So c. 1. h. t. Si pecuniam tibi non esse numeratam, atque ideo frustra cautionem emissam adseris etc.

c. 7. h. t.: Si quasi accepturi mutuam pecuniam adversario cavistis quae numerata non est etc.

c. 4. de cond. ex L. Si non est numeratum, quod velut accepturum te sumsisse mutuo scripsisti etc.

[library stamp]

---

(S. 33.) wo aber nicht bestimmt ersichtlich ist, ob von der exc. n. n. p. die Rede sein soll.

tit. I. de litt. obl. Si quis debere se scripserit, quod ei numeratum non est etc.

c. 3. de dote cauta n. n.: In dotibus quas datas esse dotalibus instrumentis conscribi moris est, quum adhuc nulla datio, sed pollicitatio tantum subsecuta sit, liceat n. n. p. exceptionem opponere etc.

Namentlich spricht dafür die Fassung der sehr umständlichen c. 14. h. t. von Justinian, der doch sonst die Motive seiner Gesetze nicht vorzuenthalten pflegt, hier aber den Gesichtspunkt der Übereilung des Schuldners durch den Gläubiger nicht berührt.

Häufig wird im gewöhnlichen Leben die Aushändigung und Annahme des Schuldscheins als pactum de mutuando, und als konkudente Erklärung erscheinen, daß beide Theile über die Bedingungen des Darlehns nun ganz einig seien; und daraus erklärt sich wohl folgende Wendung des Theophilus:

*Εἰ γάρ τις βουλόμενος δανείσασθαι παρ' ἐμοῦ διαλεχθῇ μοι περὶ τούτου, ἐγὼ δὲ ἐπέτρεψα αὐτὸν ποιῆσαί μοι γραμματεῖον.*

Der Gläubiger erlaubt hier dem Schuldner, einen Schuldschein auszustellen, d. h. er giebt ihm dadurch zu erkennen, daß er über die Bedingungen einverstanden und das Geschäft als abgeschlossen anzusehen sei. Nur darf man sich dadurch nicht, wie Pfeiffer, zu dem Glauben verleiten lassen[8]), als ob der Hauptzweck des Schuldscheins der gewesen wäre, den Konsens der Partheien in

8) Pfeiffer, Prakt. Ausf. S. 158.

Kontrahirung der Darlehnsschuld, nicht aber die erfolgte Zahlung zu beweisen.

Noch bedenklicher ist eine andere, von mehren Neueren angenommene ratio legis, hergenommen aus der c. 10. h. t.: **Adseveratio debitum solutum contendentis temporis diuturnitate non excluditur: nec huic obloquitur, quod exceptio n. n. p. certa die non delata querela prius evanescat: cum inter eum, qui factum adseverans onus subiit probationis, et negantem numerationem (cujus naturali ratione probatio nulla est) et ob hoc ad petitorem ejus rei necessitatem transferentem, magna sit differentia.** Der Unterschied zwischen der Einrede der Zahlung und der Ableugnung des Empfangs der valuta eines Darlehns ist, daß jene bewiesen werden muß, diese als negative litiscontestatio natürlich (naturali ratione) nicht bewiesen zu werden braucht. Der Ausdruck negare zur Bezeichnung der negativen litiscontestatio ist dem Sprachgebrauch der römischen Juristen ganz geläufig.

Dagegen findet sich bei Neueren häufig folgende unrichtige Auffassung: Es sei unmöglich, eine Negative zu beweisen. Deshalb brauche auch die exceptio n. n. p. nicht erwiesen zu werden[9]), und darauf beruhe die Umkehrung der Beweislast bei der exceptio n. n. p.[10]).

---

9) Cocceji a. a. O. I. S. 608. Unterholzner S. 7. 8. Meurer S. 93. 94. Gönner Handb. Th. 2. S. 201. ff. Duarenus ad tit. D. de probat. cap. 12. Cropp a. a. O. S. 342. — 10) Avezan de contract. c. 17. S. 37a. Donellus a. a. O. S. 241. 247. 220. Vinnius S. 736. Cujacius recit. sol. S. 327. und zu c. 1. de probb. (4. 19.). Ein wunderbares Mißverständniß der Stelle s. beim Scholiasten Theodorus. Fabr. III. S. 354—56.

Zunächst ist es aber unwahr, daß eine Negative nicht erwiesen werden könne, und in der That drücken die Worte negantis nulla probatio est nicht nothwendig aus: es ist unmöglich zu beweisen; sondern ebensowohl: es braucht nicht bewiesen zu werden. — Sodann ist die Auffassung nicht richtig, daß die Beweislast bei der exceptio n. n. p. umgekehrt erscheine. Denn ursprünglich ist es Sache des Gläubigers, die Darlehnszahlung zu beweisen, und die Besonderheit des Instituts liegt nur darin, daß er sich zu diesem Beweise nicht auf den Schuldschein berufen darf[11]). In der That wird in den Quellen nirgends der Gesichtspunkt angedeutet, daß in dem Institut etwas Singuläres liege rücksichtlich der Beweislast. Die Worte negantis *naturali ratione* nullam probationem esse deuten auf alles eher, als auf eine Singularität. Überdies ist die ganze Wendung so beiläufig gebraucht, daß man nicht viel darauf geben kann. Der Hauptgesichtspunkt in der Stelle ist offenbar: Die Einrede der Zahlung ist unverjährbar, die exceptio n. n. p. nicht. Der Grund ist, weil dort dem Schuldner ein Beweis obliegt, hier nicht; — weil natürlich der den Klagegrund Ableugnende nicht zu beweisen braucht. In dem letzten liegt offenbar nur ein ganz beiläufiges Warum des Warum, welches auch formell durch die Parenthese ausgedrückt wird.

Daher geben denn auch die Basiliken die Stelle ganz unbefangen so wieder:

*Πολλὴ γὰρ διάφορα μεταξὺ τοῦ λέγοντος· ἀποδείκνυμι, ὅτι κατέβαλον, καὶ τοῦ λέγοντος· ἀπόδειξον, ὅτι ἠρίθμησας.*

---

11) Pfeiffer v. A. S. 130 — 35. 179. (s. aber prakt. Ausf. S. 153. 154.) Maier S. 41. 55. ff. Menken a. a. O. S. 440. Unterholzner. S. 5.

## §. 4.

## Ausdehnung der exceptio n. n. p. auf Quittungen.

Wir haben bisher nur von einer exceptio n. n. p. gegen Schuldscheine gesprochen, also Urkunden über Zahlungen zur Begründung einer Obligation. Sie findet aber unbestritten auch Statt gegen Quittungen, d. h. Empfangsbekenntnisse über Zahlungen zur Tilgung einer Obligation. Justinian nennt diese Quittungen in c. 14. h. t. securitates. Sonst werden sie meistens apochae genannt [1]; in den Basiliken ἀποδείξεις. Die Neueren nennen die Einrede in diesem Falle öfter exceptio non solutae pecuniae — nicht unpassend, aber gegen den römischen Sprachgebrauch, welcher hier den Namen exceptio non numeratae pecuniae beibehält.

Übrigens ist diese Einrede gleichartig der exceptio n. n. p. gegen Schuldscheine [2]. Sie entkräftet die Beweiskraft der Quittung und nöthigt den Schuldner, den Beweis der Zahlung durch andere Beweismittel zu führen: nur daß sie nicht binnen 2 Jahren, sondern nur binnen 30 Tagen angebracht werden darf.

Die für die historische Entwickelung der exceptio n. n. p. wichtige Frage, ob diese Anwendung auf Quittungen

---

1) Auch sonst kommt securitates vor tit. C. de apoch. publ. (10. 22.) c. 27. Th. C. de susceptor. (12. 6.) c. 19. de an nona. (11. 1.) — Über die sonstigen Bedeutungen von apocha s. Cujacius rec. sol. h. t. Daher genauer „apocha solutae pecuniae" fr. 67. §. 2. de cond. indeb. — 2) c. 14. §. 2. h. t. Donellus S. 295. 296. Zanger S. 585—88. Unterholzner S. 23. Pfeiffer v. A. 150—52.

eine ursprüngliche, oder ob sie spätere Ausdehnung sei, finde ich nirgends aufgeworfen. Ich bin der Meinung, daß die Einrede auf Quittungen erst von Justinian ausgedehnt, und daß vorher bei diesen eine exceptio n. n. p. gar nicht vorgekommen ist.

Es spricht dafür einmal der Umstand, daß vor Justinian keine Spur solcher Einrede gegen Quittungen vorkommt, welche doch ohne Zweifel zu wichtig gewesen wäre, als daß in unseren Quellenexcerpten jede Spur verwischt sein könnte. Sie wäre in dieser Anwendung gewiß eben so wichtig gewesen, wie gegen Schuldscheine: wie sie denn auch in justinianischen Konstitutionen wiederholt vorkommt[3]). Dessenungeachtet findet sich in den vorjustinianischen Stellen keine Andeutung einer beschränkten Beweiskraft der Quittung; z. B. sagt Diokletian c. 14. de solut. (8. 43.)

„Pecuniae solutae professio majorem rei gestae probationem continet, quam si chirographum acceptae pecuniae redditum fuisset."

Eine zweite Stelle, in welcher diese exceptio n. n. p. hätte berührt werden müssen, ist c. 21. eod:

Interest multum, utrumne spe futurae numerationis suscepisse te, quod instrumento continetur, scripsisti: an accepta minore quantitate tantum, quantum lectio probat, in scriptura conferri placuit. Nam superiore quidem casu residui petitio manet integra, posteriore vero consensu transactionis finitis stari oportet.

Dazu kommt, daß sie positiv an einen Zeitraum hätte ge-

3) Außer c. 14. h. t. — c. 16. de fide instrum. nov. 18, 8. vgl. nov. 100 pr.

bunden sein müssen. Denn die Annahme einer perpetua exceptio der Art wäre widersinnig. Selbst die Annahme, daß sie, wie gegen Schuldscheine, binnen 5 Jahren statt gefunden, ist nicht wohl denkbar, wenn man überlegt, wie exorbitant dadurch der öffentliche Kredit hätte gefährdet werden müssen. Und doch wird in den vorjustinianischen Konstitutionen[4]) die exceptio n. n. p. stets einfach als binnen 5 Jahren stattfindend erwähnt, ohne Unterschied der Scripturen, gegen welche sie gebraucht werden soll. Am meisten aber spricht für unsere Annahme die Fassung der justinianischen Verordnung selbst c. 14. h. t.:

„Sed quoniam securitatibus, et instrumentis depositarum rerum vel pecuniarum talem exceptionem opponere *litigatores conantur*, justum esse perspeximus hujusmodi potestatem in certis quidem casibus prorsus amputare, in aliis vero brevi tempore concludere". — (Es werden nur einige Arten von Scheinen ganz ausgenommen.) — „Super ceteris vero securitatibus, quae super privatis debitis a creditore conscribuntur, — depensas esse pecunias vel alias res, vel partem earum significantes, intra triginta tantummodo dies post hujusmodi securitatis expositionem connumerandos, exceptionem n. n. p. posse objici:"

Die Worte, er wolle in certis quibusdam casibus hujusmodi potestatem prorsus amputare, in aliis brevi tempore concludere, — könnten allerdings so verstanden

4) Tit. C. Herm. de n. n. p. tit. I. de lit. obl. Theophilus h. t. und zu §. 2. I. de exc. (4. 13.) c. 14. pr. h. t. Lex Roman. Burgund. tit. 30. c. un. §. 3. C. T. si cert. pet. (2. 27.) Interpret. h. t. und zu tit. Cod. Herm. cit. —



werden, als ob die Einrede gesetzlich schon früher in allen diesen Fällen zulässig gewesen, und es sich nur darum handle, sie zu beschränken. Sie können aber in Verbindung mit den vorhergehenden Worten ebensowohl heißen: da streitsüchtige Leute auch hier die Einrede zu gebrauchen suchen, so wolle er sie zwar im Allgemeinen zulassen, — aber in einigen Fällen abschneiden, in anderen einen kurzen Zeitraum bestimmen.

Es hätte wohl nicht gesagt werden können: „Streitsüchtige Menschen versuchen" die Einrede auch gegen Quittungen geltend zu machen, wenn sie hier seit Jahrhunderten bereits eingeführt gewesen wäre.

Besonderes Gewicht aber lege ich auf folgenden Umstand. Im Anfang der Konstitution erwähnt der Kaiser als eine große Verbesserung, daß er den 5jährigen Zeitraum der exceptio n. n. p. gegen Schuldscheine auf 2 Jahre beschränke; rühmend erwähnt er dieser Verbesserung auch in den Institutionen de litterarum obligatione, und Theophilus zu dieser Stelle versäumt nicht, die Weisheit dieser Beschränkung ins rechte Licht zu setzen. Bei Quittungen dagegen sagt Justinian einfach: er lasse die Einrede binnen 30 Tagen zu. Hätte früher auch hier die 5jährige exceptio n. n. p. gegolten, so hätte er unmöglich eine so gewaltsame Restriktion auf 30 Tage mit Stillschweigen übergehen können, und er würde schwerlich versäumt haben, seine „gesetzgeberische Posaune" erschallen zu lassen und gebührend zu bemerken, daß er in diesem Falle, wegen der viel größeren Gefahr für den öffentlichen Kredit, eine noch weit wichtigere Restriktion für nothwendig befunden habe, als bei der Einrede gegen Schuldscheine.

Gegen die Richtigkeit dieser Annahme, daß c. 14. h. t.

die Einrede gegen Quittungen erst sanktionirt habe, ließe sich nur aus der c. 16. de fide instrum. Bedenken erheben, welche die exceptio n. n. p. gegen Quittungen berührt, obwohl sie anscheinend etwas älter ist. Denn die folgende c. 17. de fide instr. ist ungefähr gleichzeitig mit unserer c. 14. h. t., die c. 16. also anscheinend etwas älter. Dieser Umstand ist indessen von weniger Bedeutung, da die c. 16. de fide instr. eine (aus den Basiliken) restituirte Stelle ist, deren Zeitalter aus der bloßen Stellung nicht mit Sicherheit zu entnehmen ist, und welche überdies leicht im Codex repetitae praelectionis interpolirt werden konnte. Ferner ist unsere c. 14. h. t. anscheinend verkürzt, so daß ihr Verhältniß zur c. 16. de fide instr. daraus nicht wohl sicher bestimmt werden kann.

Mag indessen wirklich die Einführung durch eine etwas ältere uns verloren gegangene Konstitution geschehen sein, so möchten doch die obigen Gründe ausreichen, ohne Bedenken die Ausdehnung unserer Einrede auf Quittungen erst unter Justinian, oder wenigstens in sehr später Zeit zu setzen — **ein Resultat, durch welches die historische Entwickelung des Instituts wesentlich vereinfacht wird.**

**In der bisherigen Erörterung habe ich beiläufig vorausgesetzt, daß die exceptio n. n p. allen Quittungen opponirt werden könne, weil dies die gewöhnliche Meinung ist [5]). In dieser Allgemeinheit ist sie indessen unrichtig. Die**

5) Donellus a. a. O. S. 216. 217. 233. 240. 265—86. 295. D. Gothofredus zu c. 6. h. t. Vinnius S. 735. Quaest. I. 41. S. 80. Zanger p. 588 ff. Fr. Becmanni 449. Stryck, de cautel. contr. Sect. II. c. 1. §. 2. c. 7. §. 4. Höpfner (8. Aufl.) S. 850. 855. 858. Pfeiffer S. 152. Menken S. 428. 429. 432. Struben rechtl. Bedenken III. No. 93. Reinhard S. 37. 38. u. die meisten neueren Kompendien.

Stelle, auf welcher diese Ansicht beruht: c. 14. h. t., ist mit wunderbarer Flüchtigkeit erklärt worden. Nachdem Justinian verordnet hatte, daß den securitates publicarum functionum und den Quittungen über Empfangnahme einer dos überhaupt keine exceptio n. n. p. entgegengesetzt werden könne, fährt er fort:

Super ceteris vero securitatibus, quae super privatis debitis a creditore conscribuntur partem debiti *sortis vel usurarum* nomine solutam esse significantes, vel adhuc *foeneraticia cautione* apud debitorem remanente, solidi tamen debiti solutionem factam esse demonstrantes, vel etiam futuram esse redhibitionem *instrumenti foeneraticii* promittentes, . . .

Bis hieher ist mit klaren Worten nicht von Quittungen im Allgemeinen, sondern nur von Quittungen über verbriefte zinsbare Darlehen die Rede. Es wird hier unter securitas ein Revers verstanden, den der Gläubiger über Rückzahlung einer verbrieften Schuld ausstellt, ohne den Schuldschein zurückzugeben. Denn erfolgt die Rückgabe des Schuldscheins zugleich, so entsteht dadurch allein schon ohne alle Quittung eine Vermuthung der Zahlung. Sodann fährt Justinian fort und dehnt die Einrede noch auf folgende Fälle aus:

vel si qua alterius *cujuscunque contractus gratia, in quo*[6]) *numeratio pecuniarum vel datio cer-*

---

6) Einige Ausgaben (z. B. Contius am Rande) lesen „in qua". Allein die Wortstellung *in qua* datio pecuniarum vel certarum rerum scripta est, *securitas* ist offenbar unnatürlich; die folgenden Worte *depensas esse pecunias vel alias res vel partem earum significans* wären sinnlos, weil sie genau dasselbe zum zweiten

*tarum specierum scripta est,* securitas *similiter* (d. h. ohne Rückgabe des Schuldscheins) data sit, depensas esse pecunias vel alias res vel partem earum significan[te]s, intra XXX dies exceptionem n. n. p. posse objici.

Ähnlich drückt sich Harmenopulus II. 2. 9. aus:

ἢ ἄλλου οἵου δήποτε συναλλάγματος ἕνεκεν, ἐν ᾧ ἀρίθμησις χρημάτων ἢ δόσις ῥητῶν εἰδῶν γέγραπται etc.

Man mag hier interpretiren, so viel man will, so ist doch immer nur von securitates die Rede, welche über eine solche Schuld ausgestellt waren, die durch Geben von Geld oder anderen Sachen entstanden, und über welche ein Schuldschein gegeben ist. *Securitas* scheint nach der ganzen Fassung gerade einen solchen gegen einen noch in Händen des Gläubigers befindlichen Schuldschein ausgestellten Revers zu bezeichnen: eine Bedeutung, welche zu dem Worte ganz vortrefflich paßt. Es soll also eine Einrede nur stattfinden gegen Reverse über einen

contractus, in quo numeratio pecuniarum vel datio certarum specierum (rerum) scripta est.

Diese Worte sind sprechend ähnlich den Anfangsworten unserer c. 14.:

In contractibus in quibus pecuniae vel aliae res datae vel numeratae esse conscribuntur — intra biennium exc. n. n. p. objicere possit.

Wir gelangen also zu dem Resultat:

in denselben Fällen, in welchen einem Schuldschein eine

---

Male sagen würden; alle besseren Handschriften und Ausgaben lesen in quo, und so giebt auch Harmenopulus die Stelle wieder. — 7) Con-

exceptio n. n. p. binnen zwei Jahren, — in denselben kann einem gegen diesen Schuldschein ausgestellten Revers die Einrede binnen 30 Tagen opponirt werden: — ein Resultat, dessen ungemeine praktische Wichtigkeit von selbst einleuchtet.

Mag auch ein überzeugender Grund dieser Beschränkung schwer zu ermitteln sein: so wird doch noch schwerer eine Erklärungsweise gefunden werden können, welche über den klaren Wortinhalt hinausgehen könnte. Auch ist bei einem Institut, wie dem der exceptio n. n. p., ein Bedürfniß zu einer gezwungenen extensiven Erklärung sicher nicht vorhanden.

## §. 5.

## Ausdehnung der exceptio n. n. p. auf Empfangsbekenntnisse über eine dos.

In der c. 3. de dote cauta non numerata (5. 15.) läßt Justinian die exceptio n. n. p. auch gegen Dotalinstrumente zu, in welchen der Ehemann über den Empfang der versprochenen dos quittirt hat; und zwar binnen einem Jahre nach Trennung der Ehe. Später ist durch die Novelle 100. eine künstlichere Zeitrechnung eingeführt. Die Einrede findet nämlich statt, wenn die Ehe binnen 2 Jahren getrennt wird, noch 1 Jahr; wenn binnen 2—10 Jahren, noch 3 Monate; wenn nach 10 Jahren, gar nicht mehr. Auch wenn der Mann minderjährig war, sollen diese Fristen, mit Einschluß der Frist zur in integrum restitutio, nie 12 Jahr nach Eingehung der Ehe überschreiten.

stirbt

Stirbt der Ehemann während der gesetzlichen Frist, so haben seine Erben die noch übrige Zeit. Sind sie minderjährig, so sollen ihnen noch 5 Jahre bleiben [1]).

Die Neueren nennen die Einrede in dieser Anwendung häufig **exceptio non numeratae dotis**, eine Bezeichnung, welche in den Quellen nur einmal (in der **c. 14. §. 4. h. t.**) vorkommt, während sonst der Name **exceptio n. n. p.** auch hier gebraucht wird.

Es wird durch diese justinianischen Bestimmungen den Dotalinstrumenten eine bedingte Beweiskraft zum Erweise der Auszahlung der **dos** beigelegt, von welcher sich im vorjustinianischen Recht keine Spur findet.

Die Römer denken sich die Dotalinstrumente vielmehr als Urkunden zum Beweis der Bestellung einer **dos**, denn als Beweismittel der Zahlung. Wenn daher z. B. in einem Dotalinstrumente mit gegenseitiger Übereinstimmung die Zahlung einer größeren Quantität bescheinigt wird, als wirklich gezahlt worden; so ist darin nicht ein Beweis der Mehrzahlung, sondern vielmehr ein stillschweigendes Versprechen derselben zu finden. Charakteristisch dafür ist folgendes Reskript von Diokletian und Maximian **c. 4. de dotis promiss. (5. 11.)**:

**Si voluntate dotantis in dotali instrumento plura tibi tradita scripsisti, quam suscepisti: intelligis de his quae desunt petendis pactum esse consecutum.**

1) Über diese Zeitbestimmungen vgl. **Balduinus** in **Justiniano Lib. I. c. 18. Cujacius** in **expos. nov. 100. Donell.** a. a. O. p. 291. 292. **Glück** a. a. O. p. 141—44. und (25.) p. 246—59. **Unterholzner** a. a. O. p. 35—37. 40—42. 44. 45. **v. Buchholz** a. a. O. p. 269—78. **Menken** a. a. O. p. 433—35.

ungemein häufig, wenn auch in der Regel nicht nothwendig, war die Anfertigung solcher Dotalinstrumente zu Justinians Zeit, so daß dieser für nothwendig hält ausdrücklich zu bestimmen c. 1. §. 1. de rei ux. act.:

**Et nemo putet nos hoc sancire in his tantum dotibus, quae instrumentis receptae sunt. *Nihil enim prohibet, et si sine scriptis dos vel detur, vel promittatur, vel suscipiatur* etc.**

Nirgends erscheint dagegen vor Justinian eine Spur des Gebrauchs der Dotalinstrumente zum Beweise der wirklichen Hingabe der dos; um so auffallender, da Justinian doch in der c. 3. de dote cauta n. n. bezeugt, daß es Sitte sei, die dos in den Dotalinstrumenten als eine *data* zu bezeichnen. Ja mehrere Stellen verwerfen ausdrücklich eine solche Beweiskraft der Dotalinstrumente. So die c. 1. de dote cauta n. n.:

**Dotem numeratio, non scriptura dotalis instrumenti facit: et ideo non ignoras, ita demum te ad petitionem dotis admitti posse, si dotem a te re ipsa datam probatura es.**

Ferner bestimmen Arkadius und Honorius in der c. 15. Th. C. de bonis proscr. (9. 42.), daß die Ehefrau ihre dos aus dem confiscirten Vermögen ihres Ehemannes zwar herausnehmen dürfe, aber mit dem Zusatz:

**Dos etiam non quae aliquoties inaniter dotalium instrumentorum tenore conscribitur, sed quam se corporaliter tradidisse docuerit, praesentetur.**

Auch die c. 5. de falsa causa (6. 44.) kann hieher gezogen werden:

**Refert largiter, dotem tibi reddi maritus, an quae instrumento dotali conscripta sunt, legati seu pre-**

cariis verbis constituit: quippe superiori quidem casu datum probanti repeti tantum, posteriore vero nihil nocente falsa demonstratione significatum instrumento, postulari possit.

Auch hier wird sehr wohl unterschieden zwischen einer dos, welche wirklich als data probetur, und einer dos, welche nur in den Dotalinstrumenten (als data oder promissa) conscribitur.

Eine unbefangene Deutung dieser Stellen, namentlich der c. 1. de dote c. n. n. kann nur zu der Annahme führen, daß den Dotalinstrumenten früher **keine** Beweiskraft beigelegt ist zum Beweise der Hingabe der dos.

Anscheinend im Widerspruch mit diesem Resultat steht jedoch folgende Konstitution **Diokletians** c. 15. de jure dot.:

Cum citra fidem etiam instrumentorum datam dotem aliunde probanti, post divortium quondam uxoris tuae, secundum bonam fidem restitui debere constet; amissis etiam instrumentis sine dubio cetera probationum indicia jure non habentur irrita.

Diese Stelle legt anscheinend den Instrumenten Beweiskraft bei. Man kann sich zur Vereinigung dieses Widerspruchs freilich durch folgenden Umweg helfen. Um eine dos zurückzufordern, bedarf es eines doppelten Beweises, daß sie bestellt, und daß die bestellte dos wirklich hingegeben sei. Zum Beweise der **Konstituirung** einer dos wenigstens sind aber die Dotalinstrumente von entschiedener Bedeutung. Es bedarf dessen jedoch nicht. Denn allerdings wird in unserer Stelle gewissen Instrumenten Beweiskraft beigelegt, nicht aber gerade den **Dotalinstrumenten**. Nicht jede Urkunde über Auszahlung einer zur dos gehörigen Summe ist ja ein instrumentum dotale! Vielmehr kommen außer den Dotalinstru-

menten oft genug besondere Urkunden zum Beweise der dos vor. Der Ausdruck instrumenta schlechthin wird zwar manchmal auch für Dotalinstrumente gebraucht, doch nicht leicht anders, als wo der Zusammenhang ergiebt, daß von Dotalinstrumenten die Rede sei [2]). Auch die Basiliken sprechen in dieser Stelle von Instrumenten schlechthin [3]). Es wird also im Grunde hier nichts Anderes gesagt, als was in vielen ähnlichen Stellen: daß regelmäßig ein Beweis in Ermangelung von Urkunden auch anderweitig geführt werden darf.

Will man in dieser Stelle jedoch an Dotalinstrumente denken, so läßt sie sich mit den widerstreitenden Stellen, namentlich mit der c. 1. de dote cauta n. n. nur so vereinigen, daß man annimmt, die Beweiskraft der Dotalinstrumente für Hingabe der dos habe nach Umständen mehr vom arbitrium des Richters abgehangen, — eine Annahme, die mit dem Geiste der römischen Beweislehre vereinbar sein würde.

In allen Fällen ist hier von einer exceptio n. n. p. gegen Dotalinstrumente keine Spur. Freilich könnte man da, wo denselben die Beweiskraft abgesprochen wird, an eine exceptio n. n. p. perpetua denken. Allein jene Stellen sprechen ganz einfach von einer Nichtbeweiskraft der Dotalinstrumente, ohne Andeutung, daß diese Entkräftung der Beweiskraft eine besondere Rechtswohlthat des Schuldners sei.

In der That ist es an sich unwahrscheinlich, daß schon

2) Instrumenta, Tabulae, Monumenta ohne weiteren Zusatz c. 1. §. 1. et in fin. de R. U. A. (5. 13.) c. 13. de nupt. (5. 4.) fr. 31. pr. de donat. (39. 5.) c. 31. de jure dot. (5. 12.) — 3) Bas. XXIX. 1. c. 102. T. IV. S. 535. schol. S. 649.

vor **Justinian** eine exceptio n. n. p. gegen Empfangsbekenntnisse der dos vorkam. Alle früheren Stellen über die exceptio n. n. p. sagen schlechthin, sie finde binnen 5 Jahren statt. Wäre sie bei der dos eine perpetua gewesen, so wäre wohl eine Erwähnung dessen zu erwarten. Hätte sie auch hier 5 Jahre gedauert, so hätte wenigstens Erwähnung verdient, daß hier das quinquennium erst von Auflösung der Ehe an gerechnet werden solle u. s. w. Diese Anwendung der exceptio n. n. p. wäre überhaupt so wichtig gewesen, daß man füglich Spuren derselben in älteren Konstitutionen erwarten müßte. Es scheint also, als ob auch hier **Justinian** die exceptio n. n. p. mit einer besonderen Zeitfrist erst neu eingeführt, und damit den Dotalinstrumenten eine, freilich bedingte, Beweiskraft zum Erweise der Hingabe der dos beigelegt hat.

Diese Annahme wird bestätigt durch eine genauere exegetische Behandlung der Konstitutionen **Justinians**. Die erste Hauptstelle ist die c. 3. de dote cauta n. n. (5. 15.):

In dotibus, quas datas esse dotalibus instrumentis conscribi moris est, eum adhuc nulla datio, sed pollicitatio tantum subsecuta sit, *liceat n. n. p. exceptionem opponere,* non solum marito contra uxorem aut ejus heredes, morte mulieris vel repudio dissoluto matrimonio, sed etiam heredibus mariti, cujus morte dissolutum est matrimonium, socero etiam, vel ejus heredibus, si eum filio suo dotem suscepisse dotalibus instrumentis scriptum sit, omnique personae, quam dotem suscepisse una cum marito conscribitur, et ejus similiter heredibus, *ita tamen, ut intra annum tantum continuum* a morte

mariti, vel mulieris, vel missione repudii computandum, ea licentia detur.

Die Worte *sed intra annum tantum* ließen sich zwar so verstehen: er gestatte die Einrede jetzt nur binnen einem Jahre, während sie früher länger gedauert. Ebenso gut lassen sie sich aber verstehen: er lasse sie hier zwar neuerungsweise zu, aber nur binnen einem Jahre; während sie gegen Schuldscheine damals noch binnen 5 Jahren stattfand. — Hätte Justinian nur die Zeitdauer der Einrede beschränkt, so wäre doch eine Erwähnung des früher geltenden Zeitraums schwerlich unterblieben. Wäre die Einrede in diesem Falle längst in Gebrauch gewesen, so wäre ferner nicht die genaue Bestimmung nöthig gewesen, daß das Jahr der Einrede ein tempus continuum; daß es von Trennung der Ehe an zu rechnen, gleich ob die Ehe durch Tod oder Scheidung getrennt werde; daß sie dem Manne, dessen Erben und jedem in dessen Stelle tretenden, auch dem Schwiegervater und dessen Erben, sowohl gegen die Frau als deren Erben zustehen solle. Auch die Specialität dieser Bestimmungen deutet auf neue Einführung des Instituts.

Insbesondere spricht dafür aber eine Kombination unserer Stelle mit Novelle 100:

Exceptiones non num. pecuniae, quae in certis casibus opponuntur, leges nostrae indiscussas non reliquerunt, sed longum et effusum earum tempus contraximus, ne homines negligentia sua aut forte dolo, ut in negotiationibus fruantur, aliisque negotia facessant. Quapropter benefacientes querelas n. n. p. bene contraximus, ut ex legibus, quae a nobis jam scriptae sunt, colligere licet. *Atque*

*id ipsum in praesentia etiam in dote facimus.* **Quoniam enim toto tempore matrimonii, quamdiu nuptiae constabant, viris de non soluta dote queri concessum est, *majusque additamentum* (παρενθήκη) *factum*, ut etiam post mortem virorum, quemadmodum etiam post repudium, intra annum querela moveretur, — propterea querelam n. solutae dotis celeriorem efficiendam existimavimus.**

Eine Vergleichung der hier gebrauchten Wendungen mit c. 3. cit. ergiebt Folgendes:

In der nov. 100. gebraucht der Kaiser die Worte: **Quoniam enim toto tempore matrimonii quamdiu nuptiae constabant viris de non soluta dote queri concessum est, *majusque additamentum factum,* ut etiam post mortem virorum vel repudium intra annum querela moveretur.**

Diese Worte gehören zusammen, und entsprechen genau den Worten der c. 3. cit:

liceat n. n. p. exceptionem opponere, ita tamen, ut *intra annum tantum* continuum a morte mariti, vel mulieris, vel missione repudii computandum, ea licentia detur.

Es ließen sich nun folgende Fälle denken:

1. Die exceptio n. n. p. galt schon vor Justinian in kürzerer Zeit. Die c. 3. cit. hat diesen Zeitraum verlängert. — Dies widerspräche aber der offen und überall erklärten Tendenz Justinians, den Zeitraum zu beschränken, und wäre unvereinbar mit der Wendung liceat opponere, ita tamen, ut *intra annum tantum* etc., welche offenbar eher auf eine Verkürzung deutet.

2. Die exceptio n. n. p. galt vor Justinian in

längeren Zeiträumen, welche von ihm verkürzt wurden. — Damit sind wieder unvereinbar die Worte der nov. 100: majusque *additamentum* factum, ut etiam post mortem intra annum; — die auf nichts weniger als auf Verkürzung eines schon bestehenden Zeitraums deuten. Ferner sagt Justinian, er habe in früheren Gesetzen die Zeiträume der exceptio n. n. p. verkürzt — (auf 2 Jahre bei Schuldscheinen, 30 Tage bei Quittungen); dasselbe wolle er jetzt (κατὰ τὸ παρόν) bei der dos thun. Also erst jetzt sollte auch hier eine Verkürzung eintreten.

3. Die exceptio n. n. p. galt schon vor Justinian binnen einem Jahre nach Trennung der Ehe. Davon kommt nun aber in älteren Stellen gar nichts vor. Ferner wäre dann die c. 3. cit. ganz überflüssig gewesen, während sie doch augenscheinlich etwas Neues anordnen will. Endlich ergeben die Worte majusque additamentum factum, ut etiam post mortem intra annum, daß in jener Konstitution etwas Positives über den Zeitraum bestimmt worden ist. Da also Justinian den Zeitraum der Einrede in der c. 3. cit. neu bestimmt hat, sie aber doch weder verlängert, noch verkürzt haben kann, so bleibt nur:

4. als letzte Annahme übrig: Justinian hat in der c. 3. cit. die Einrede für diesen Fall neu eingeführt. Unter dieser Voraussetzung sind alle gebrauchten Wendungen im besten Einklang.

Dies, in Verbindung mit den oben angegebenen Gründen, rechtfertigt wohl unsere Annahme, daß die Einrede auch in ihrer Anwendung auf die dos erst von Justinian herrührt, — ein Resultat, welches wesentlich zur Vereinfachung der historischen Entwickelung des Instituts beiträgt. Ich wüßte dagegen kein anderes Bedenken als folgendes. Es

Digitized by Google

giebt eine ältere schwierige Stelle (aus dem Jahre 229), welche man wohl so verstanden hat, als ob darin eine exceptio n. n. p. gegen Dotalinstrumente zu Grunde läge, nämlich die c. 6. de compens. (4. 31.). Ein Ehemann wurde auf Rückgabe der dos belangt, welche in den Dotalinstrumenten als eine „data scripta erat", und über deren Rückgabe eine Stipulation interponirt war. Er entgegnete: 1. er habe die dos trotz jener Klausel der Dotalinstrumente nicht erhalten; 2. auch wenn er sie erhalten hätte, so habe er Gegenforderungen wegen einzeler von der Frau entwendeten Sachen, die sich zur Kompensation eignen. Darauf wird reskribirt:

> Neque scriptura, qua cautum est accepta, quae negas tradita, obligare te contra fidem veritatis potuit: et compensationis aequitatem jure postulas. Non enim prius exsolvi, quod debere te constiterit aequum est, quam petitioni mutuae responsum fuerit, eo magis, quod ea te persequi dicis, quae a muliere divortii causa amota quereris. Quum igitur apud competentem judicem ex stipulatu conveniaris, apud eundem doce, tui juris res ablatas esse[4]).

Die Wendung scriptura, qua cautum est, accepta etc. ist ganz die gewöhnliche, um jene dos anzudeuten, quae instr. dotalibus „data scribitur" vel „cavetur". Ich finde also in der Stelle vielmehr einen Beleg dafür, daß man vor Justinian die Dotalinstrumente nicht als Be=

4) Der letzte Satz gehört mit zu dem Reskripte s. c. 1. rer. amotarum (5. 21.).

weismittel der Hingabe des dos ansah. Unsere Erklärungsart findet sich auch in den Basiliken[5]):

'Απαιτούμενός τις προικὰ παρὰ τῆς ἰδίας γυναικὸς, πρῶτον μὲν ἔλεγεν, ὅτι οὔτε ὑπεδέξατο ταύτην, ἔπειτα δὲ, ὅτι εἰ καὶ ὑπεδέξατο, ἀπεσύλησεν αὐτῶν τινα ἡ γυνὴ, καὶ ἀντετίθει ἀντέλλογον.

Jedenfalls ist hier keine Spur der exceptio n. n. p. ersichtlich.

Es bleibt nun aber die schwierige Frage zu lösen, gegen welche Empfangsbekenntnisse Justinian sie eingeführt hat? Über diese Frage findet sich in den Darstellungen unserer Rechtslehrer eine gewisse Unklarheit, die ihren Grund hat in der Verwechselung der Dotalinstrumente mit anderen Urkunden über Empfang einer dos.

Die römischen Dotalinstrumente enthalten die besonderen Verabredungen über persönliche Verhältnisse der Ehegatten und Kinder, über dos, donatio propter nuptias, wer sie geben, wann, wem und wie sie zurückgegeben werden soll. Der technische Name dafür ist „instrumenta dotalia oder nuptialia[6])". Ihrem ganzen Charakter nach

---

5) Bas XXIX. 1. c. 102. (Fabr. IV. p. 535. schol. p. 649.). — 6) c. 13. c. 23. §. 1. de nupt. (5. 4.) c. 1. 4. 7. de dotis promiss. (5. 11.) c. 5. de pact. conv. (5. 14.) Brissonius de formulis p. 609—13. Über Namen und Charakter vgl. folgende Stellen: *Instrumenta dotalia* oder instrumentum dotale c. 6. solut. matr. (5. 18.) c. 9. de bon. proscr. (9. 49.) c. 3. de dote c. n. n. (5. 15.) c. 11. pr. de repud. (5. 17.) c. un. §. 1. de R. U. A. (5. 13.) c. 5. 11. de pact. conv. (5. 14.) c. 29. de jure dot. (5. 12.) c. 23. §. 1. de nupt. (5. 4.) fr. 45. 48. solut. matr. fr. 17. de dote praeleg. (33. 5.) fr. 65. de judic. (5. 1.) c. 4. 7. de dotis promiss. (5. 11.) c. 20. de donat. a. n. (5. 3.) c. 3. de collationib. (6. 20.) fr. 16. de suis et legit. (38. 16.) c. 10. 11. de natur. lib. (5. 27.) c. 15. de pact. (2. 3.) §. 2. I. de hereditat. (3. 1.). *Instrumenta nuptialia:* c. 1. de dotis promiss. (5. 11.) c. 29. pr. de nupt. (5. 4.) c. 10. 11. de natur. lib. (5. 27.) §. 2. I. de hereditat. (3. 1.) *Tabulae dotales:* fr. 12. de dote praeleg.

sind sie also gemeinschaftliche Urkunden zur Verabredung besonderer Bestimmungen über die persönlichen und Vermögensverhältnisse, — Instrumente, auf welche auch Dritte sich berufen dürfen [7]). Ebendeshalb darf man sie nicht als einseitige Urkunden denken, welche nur der Mann unterschriebe. Sie enthalten auch wohl in der Regel kein direktes Geständniß des Ehemannes über Empfang der dos. Wenigstens kommt nirgends die Wendung vor, der Ehemann habe den Empfang bekannt: sondern nur: dos data esse *conscribitur*, maritus *scriptus est* dotem accepisse, *mulier* scribit se dotem dedisse, und ähnliche.

Daneben lassen sich nun aber sehr wohl besondere Quittungen denken über die Auszahlung eines Theils oder der ganzen dos. Mit Unrecht verwechseln viele diese Quittungen mit den Dotalinstrumenten [8]), während schon die Scholiasten ganz richtig solche ἰδιάζουσαι ἀποληπτικαί von den Dotalinstrumenten (προικά) unterscheiden. (c. 14. h. t.).

Solche Quittungen, als Empfangscheine über eine empfangene Zahlung können zu den gewöhnlichen securitates oder upochae gezählt werden, denn der Ehemann hat hier

---

(33. 4.) fr. 29. de pact. dotal. (23. 4.) *Tabulae dotis:* fr. 66. de donat. int. V. (24. 1.) *Tabulae nuptiales:* c. 9. de nupt. (5. 4.) *Instrumenta dotis:* c. 3. Th. C. de nupt. (3. 7.) c. 22. de nupt. (5. 4.) §. 15. I. de legatis (2. 20.) c. 65. de judic. (5. 1.) *Dotalia* ohne Zusatz, — was jedoch anscheinend ein Gräcismus ist (τὰ προικά). Eine Zusammenstellung der besondern Verabredungen über die dos s. bei Brissonius de formulis S. 607 — 613. (ed. 1583.) — 7) L. W. c. 29. de jure dot. „Creditoribus quoque super dote et ante nuptias donatione pro dotalium instrumentorum tenore integro suo jure potituris." — 8) L. W. Pfeiffer v. A. S. 141. not. 6.

Gläubigers Stelle[9]). Ja Justinian selbst erwähnt in der c. 14. h. t. besondere securitates, quae *post confectionem dotalium instrumentorum de soluta dote* ex parte vel in solidum exponuntur. Auch die Scholiasten unterscheiden von den Dotalinstrumenten sehr bestimmt besondere Quittungen über eine gezahlte dos[10]).

Die Frage, ob auch gegen solche Dotalquittungen eine exceptio n. n. p. stattfinde, wird von den Neueren meistens bejaht, wegen der allgemeinen Fassung der nov. 100. Ich halte diese Ansicht jedoch für unrichtig. Die c. 3. h. t., durch welche die Einrede, wie gezeigt, für diesen Fall neu eingeführt wurde, beschränkt sie ausdrücklich auf Dotalinstrumente:

> In dotibus, quas datas esse *dotalibus instrumentis conscribi* moris est, cum adhuc nulla datio, sed pollicitatio tantum subsecuta sit, liceat n. n. p. exceptionem opponere: — socero etiam, si cum filio suo dotem suscepisse *dotalibus instrumentis scriptum sit*, omnique personae, quam dotem suscepisse una cum marito *conscribitur*. —

Nur von Dotalinstrumenten ist also hier die Rede. Einen weiteren Umfang der Einrede aus der Titelrubrik „de dote cauta n. n." herzuleiten wäre sehr gewagt. Cavere bezeichnet hier allerdings ein jedes schriftliches Bekenntniß, daß man eine dos gezahlt erhalten habe. Alle drei Konstitutionen dieses Titels setzen eine Skriptur voraus. c. 1. dotem numeratio, non *scriptura dotalis instr.*

---

9) Fr. 41. de re jud. (44. 2.) fr. 19. de O. et A. (44. 7.) fr. 32. §. 2. de condict. indeb. (12. 6.) — 10) Bas. III. S. 360. 361. 363. 364. etc.



fucit; daher soll die wirkliche Hingabe bewiesen werden.

c. 2. si maritus donandi animo aliquid in dotem de suo *adscripsit:* soll die Schenkung durch den Tod konvalesciren[11]).

c. 3. In dotibus quas datas esse *instr. dotalibus* conscribi moris est, soll die exceptio n. n. p. stattfinden.

Die allgemein gefaßte Überschrift rechtfertigt sich aber durch die mittlere Stelle. — Ein Fall, wo eine dos non numerata als data scribitur, ist nämlich auch der, wenn der Mann donandi animo schrieb. Hier kommt es offenbar nur auf den donandi animus an, mag das adscribere in dotem in den Dotalinstrumenten oder in einer andern Skriptur geschehen sein. Daher die allgemeine Überschrift de dote cauta non numerata, die noch nicht die Ausdehnung der exceptio n. n. p. auf alle Bekenntnisse rechtfertigt. Es fragt sich daher nur noch, ob eine solche in nov. 100. liegt. Diese Novelle erwähnt zwar die Dotalinstrumente nicht, nimmt aber ausdrücklich Bezug auf die c. 3. cit.:

„Quoniam enim toto tempore matrimonii, de non soluta dote queri concessum est, majusque additamentum factum, ut etiam post mortem intra annum querela moveretur, — propterea querelam n. solutae dotis celeriorem efficiendam existimavimus."

Also selbstredend will die nov. nur den Zeitraum der ex-

11) Vgl. über diese Stelle c. 1. de donat. ante nupt. Cujacius recit. sol. h. t. p. 532. paratitla ad c. 2. cit. (5. 15.) Glück Bd. 25. S. 258. not. 12. Chassanaeus. 474.



ceptio n. n. p. verkürzen; nur davon ist in dem ganzen principium die Rede, und in der Überschrift:

περὶ τοῦ χρόνου τῆς ἐπὶ τῇ προικὶ ἀναργυρίας.

Von den Instrumenten, gegen welche sie stattfände, ist hier ex professo gar nicht die Rede; am allerwenigsten wäre die Annahme gerechtfertigt, daß Justinian in dieser Beziehung das Rechtsmittel hätte erweitern wollen. Indirekt dagegen wird in dem Text dreimal die Art der Urkunden angedeutet, welchen die Einrede entgegengesetzt werden dürfe. Das erste Mal durch die Worte: Nec distinguimus, num *mulier* dotem se dedisse *scripserit*, an pater, an vero alius quis pro ea. Es ist klar, daß hier an Dotalinstrumente gedacht ist „in quibus maritus scribitur dotem accepisse," nicht an einseitige Empfangsbekenntnisse des Ehemanns. Dasselbe gilt von dem zweiten Male, wo die Worte gebraucht werden: Omnino id mulieri *vel illi qui dotem se dedisse scripsit* innotescere oportet. Endlich das dritte Mal wird die Bezeichnung gebraucht: qui dotem accepisse *scriptus fuerit* (cap. 2. med.). Wir finden hier also gerade die bei den Dotalinstrumenten üblichen Wendungen. Julian in der epitome dieser Novelle gebraucht direkt die Bezeichnung dotale instrumentum: „Si mulier pro se *dotale instrumentum* scripserit, vel pater pro ea", ebenso der Scholiast Fabrot III. p. 360. Endlich führt auch Harmenopul (II. 2. §. 5.) die Dotalinstrumente ausdrücklich an.

Diese Umstände in Verbindung mit der c. 3. de dote cauta n. n. lassen wohl keinen Zweifel, daß die exc. n. n. p. nur gegen eigentliche Dotalinstrumente, nicht gegen besondere Empfangsbekenntnisse der dos stattfindet.

Von solchen besonderen Empfangsbekenntnissen spricht

die c. 14. §. 2. h. t. und schließt hier die securitates, quae post confectionem dotalium instrumentorum conficiuntur ausdrücklich von der exceptio n. n. p. aus. Macht man sich den Unterschied dieser Dotalinstrumente von Empfangsbekenntnissen der Art klar, so finde ich es, im Widerspruch mit Unterholzner[12]), auch nicht auffallend, daß die c. 3. de dote cauta non num. und die c. 14. h. t. gar keinen Bezug auf einander nehmen. Die erste sprach von Dotalinstrumenten, die letztere von den Dotalquittungen, also von verschiedenen Fällen. Die letzteren sind gewöhnliche Arten der Quittungen, werden von Justinian auch securitates, in den Basiliken ὁμολογίαι ἀποληπτικαὶ ἐπὶ προικί genannt und mit den securitates publicarum functionum zusammengestellt; sie gehörten also zu den Ausnahmen, welche in der c. 14. h. t. von der exceptio n. n. p. gegen Quittungen gemacht werden. Daher erklärt sich folgende Zusammenstellung:

Securitatibus publicarum functionum, illis etiam securitatibus, *quae post confectionem dotalium instrumentorum de soluta dote ex parte vel in solidum exponuntur,* — nullam exceptionem n. n. p. penitus opponi.

*Super ceteris vero securitatibus,* quae super privatis debitis a creditoribus conscribuntur, intra XXX dies.

Selbst den Scholiasten ist dieser Gegensatz nicht unklar.

---

12) Unterholzner a. a. O. S. 36 not. 38. vgl. Gundling in Reitz Ausgabe des Theophilus S. 1219 not. q. Cujacius recit. sol. h. t. Cujacius bemerkt in dem notis zu c. 14. h. t. (4. 30.), daß die c. 3. (5. 15.) eine gleiche Subskription mit jener habe.

So erklärt **Thalelaeus** zu dieser Stelle nach der Uebersetzung von **Fabrot**:

**Licet contra apocham, quam maritus fecit post dotale instrumentum, non opponatur exceptio n. n. p., tamen si maritus *in ipsis tabulis* scripserit, se dotem accepisse (exceptio finitur intra annum etc.)**

Können nun aber nicht Dotalquittungen ausgestellt werden, ohne daß die Anfertigung von Dotalinstrumenten vorherging? Man könnte auf den ersten Blick verleitet werden diese zu den ***ceterae securitates*** zu rechnen, gegen welche binnen 30 Tagen eine Einrede stattfindet. Allein ich habe oben gezeigt, daß gegen gewöhnliche Quittungen gar keine **exceptio n. n. p.** stattfindet, unter den **ceterae securitates** vielmehr nur Reverse über **verbriefte Schulden** verstanden werden. Es werden daher auch nur **securitates, quae *post confectionem dotalium instrumentorum* exponuntur**, erwähnt, weil die **exceptio n. n. p.** gegen Quittungen überhaupt eine verbriefte Schuld voraussetzt. Bei Dotalquittungen ohne vorgängige Dotalinstrumente fällt also die Einrede von selbst weg. Demgemäß drücken sich auch die Basiliken ganz allgemein aus:

*κελεύει δὲ κατὰ ὁμολογίας, ἐν ᾗ τις κατέθετο παρακαταθήκην εἰληφέναι, ἢ ἀποδείξεως περὶ δημοσίων, ἢ κατὰ ὁμολογίας ἀποληπτικῆς ἐπὶ προικὶ συντελεσθείσης ἀναργυρίαν μὴ εἶναι* **(c. 14. §. 1. cit.)**

Dies Resultat, mit welchem auch die Scholien zu **c. 14. h. t.** übereinstimmen, ist der Natur der Sache völlig angemessen. Wenn gegen Dotalinstrumente die Einrede binnen langer Zeit stattfindet, so hat das seinen guten Grund darin, weil es einmal, wie **Justinian** sagt, „**moris erat dotes datas esse in instrumentis dotalibus conscribi.**" Man be-

betrachtete die Wendung datam dotem esse mehr als einen Ausdruck für Bestellung der dos, als eine Quittung über den Empfang. Erst aus dem mehrjährigen Stillschweigen des Mannes konnte hier eine Vermuthung des Empfanges entstehen und es schien Justinian, wie er selbst sagt, hart, nun nach so langer Zeit noch einen Beweis der Zahlung zu verlangen. Besondere vom Manne ausgestellte Quittungen dagegen haben die Natur gewöhnlicher Quittungen und es wäre gar nicht abzusehen, warum hier überhaupt eine exceptio n. n. p. — und diese sogar in einem Zeitraum, der bis auf 10 Jahre steigen kann, stattfinden sollte! Warum sollen denn diese Quittungen so unendlich weniger Glauben verdienen, als andere?

Hiermit erledigt sich eine Streitfrage der Neueren. Einige meinen, die exceptio n. n. p. sei nur berechnet auf den Fall, wenn in den Dotalinstrumenten ein ausdrückliches Bekenntniß des Empfanges enthalten sei; Andere halten dies für gleichgültig [13]). Nach der klaren Fassung der c. 3 cit. und nov. 100 kommt es darauf an, daß die dos in den Dotalinstrumenten als *data* bezeichnet sei, mag der Mann, die Frau, der Schwiegervater dies erklärt haben, oder mag impersonell gesagt sein: dotem datam esse; in allen Fällen hat der Mann wenigstens stillschweigend in diese Erklärung eingewilligt.

Ferner findet sich z. B. bei Struben, Mevius u. A. [14]) die Idee: die exceptio n. n. p. gegen Dotalquittun-

---

13) Donellus S. 292. Pufendorf. Obs. Tom. IV. obs. 83. Meurer S. 38. Struben Rechtl. Bedenken Th. 4. Bed. 107. Glück Bd. 25. S. 254. Unterholzner S. 38. — 14) Struben Rechtl. Bed. Th. 4. Bed. 107. Mevius Decis. Tom II. P. VII. dec. 354. Nr. 4. Glück S. 254.

gen falle nur dann weg, wenn in den vorangegangenen Dotalinstrumenten die dos als data, nicht wenn sie bloß als promissa erwähnt werde; denn nur ein wiederholtes Bekenntniß der Hingabe schließe die Einrede aus. Nach unserer Ansicht kann es auf keine von beiden Alternativen ankommen, da es gar keine exceptio n. n. p. gegen Dotalquittungen giebt. Ebenso kann es gleich sein, ob eine ausgestellte Dotalquittung zu den Dotalinstrumenten geschrieben, oder ob sie in einem besonderen Scheine ausgestellt wird; wenn nur aus der Fassung erhellt, daß die Quittung nicht uno actu mit dem Dotalinstrumente ausgestellt ist.

## §. 6.

## Gründe, aus welchen die exceptio n. n. p. wegfällt.

Justinian hat in der c. 14. h. t. einige Schuldscheine und Quittungen ausdrücklich als solche bezeichnet, gegen welche eine exceptio n. n. p. nie stattfinde, nemlich

1) die *securitates publicarum functionum*, d. h. Quittungen der Einnehmer öffentlicher Abgaben und Gefälle (functiones) über solche Zahlungen, welche sie von Pflichtigen oder von andern Einnehmern erhalten haben [1]). Unterholzner will der allgemeinen Fassung wegen auch solche Quittungen darunter begreifen, welche Privatleute ausstellen

1) c. 2. de conv. fisci debit. Donell a. a. O. S. 289. 290. Höpfner §. 856. Lauterbach S. 786. Unterholzner S. 34. 35.

über eine von der öffentlichen Behörde erhaltene Zahlung; — eine Deutung, welche sich aus den Worten nicht rechtfertigen läßt.

In ähnlicher Weise hatte schon früher Zeno den protokollarischen Empfangsbekenntnissen des Fiskus über Kaufgelder verkaufter fiskalischer Sachen die Wirkung beigelegt, daß der Käufer wegen des Beweises der Zahlung nicht weiter belästigt werden solle, c. 2. §. 1. de quadrienn. praescr. (7. 37.)

2) werden ausgenommen die Quittungen über Empfang einer dos, von denen im vorigen §. gesprochen ist.

3) findet die Einrede nicht Statt gegen Scheine, in welchen Jemand den Empfang deponirter Sachen oder Gelder bekennt (instrumenta depositionis certarum rerum). Von Quittungen über Rückgabe eines depositum ist hier offenbar nicht die Rede. Die Basiliken sprechen zwar von einer ἀποχή, — aber augenscheinlich in dem weiteren Sinne eines Empfangscheines, während eine eigentliche Quittung ἀποχὴ ἀπολητικὴ oder ἀπόδειξις heißt.

4) hat Justinian in der nov. 136. c. 5. 6. zu Gunsten der Argentarien bestimmt, daß solchen Instrumenten und Berechnungen, in welchen Jemand bekennt, Geld oder andere Sachen von ihnen empfangen zu haben, keine exceptio n. n. p. entgegengesetzt werden solle [2]). Manche halten dies irrthümlich für eine Folge des besonderen Litteralkontraktes, welcher ehemals durch die Bücher der Argentarien eingegangen wurde; während Justinian diese Bestimmung selbstredend als eine positiv neue Begünstigung

2) Lauterbach S. 787. Unterholzner S. 37. 38.

der Argentarien hinstellt. Für uns hat dieser Ausnahmsfall begreiflich keine praktische Bedeutung.

Daß die exceptio n. n. p. im römischen Sinne weder gegen eigne, noch gegen gezogene Wechsel für zulässig erachtet wird, folgt aus dem Wesen des Wechsels und des Wechselprozesses [3]) und steht mit jener justinianischen Bestimmung über die Argentarien in gar keinem Zusammenhange.

5) endlich gehört hieher der Fall des Anerkenntnisses. c. 4. h. t.:

> Quum fidem cautionis tuae agnoscens *etiam* solutionem portionis debiti vel usurarum feceris: intelligis, te de non num. pec. nimium tarde querelam deferre.

Mit Recht nimmt Donell an, daß die Partikel etiam dem gewöhnlichen Sprachgebrauch gemäß kumulative Kraft habe. [4]) Es ist also so zu interpretiren:

> Während schon die Anerkennung des Schuldscheins genügte, — so cessirt die exceptio n. n. p. umsomehr, wenn noch die Rückzahlung eines Theils der Schuld (also ein zweites stillschweigendes Bekenntniß) hinzutritt.

Man kann also 3 Fälle unterscheiden: a) es zahlt Jemand einen Theil der Schuld, ohne dabei den Schuldschein anzuerkennen, (was mehrfach gedacht werden kann.) Die Meisten nehmen an, daß auch hier die exceptio n. n. p. wegfalle [5]). Mit Recht erinnert dagegen

---

3) Martens Handelsrecht §. 137. Glück S. 163. — 4) Donellus a. a. O. S. 221—26. — 5) fr. 26. §. 2. de cond. indeb. (12. 6.) Cujacius recit. sol. h. t. und im Titel: ne uxor pro marito. Höpfner d. l. §. 852. Unterholzner p. 45. 46. Glück p. 152. et cit. not. 38. Reinhardt p. 43. Daß derjenige, welcher mit der condictio indebiti das angeblich aus Irrthum (während

Donellus [6]), daß hievon in unserer Stelle nichts stehe, die vielmehr ein Anerkenntniß des Scheins bei der Zahlung voraussetzt; mag man das etiam kumulativ oder bloß kopulativ nehmen. Dies bemerkt auch schon ein Scholiast zu c. 4. h. t. Praktisch wird freilich eine Zahlung nicht oft vorkommen, ohne Anerkenntniß des Scheins. Viele wollen dabei analog die Bestimmung anwenden, nach welcher das SC. Macedonianum wegfällt, wenn der Haussohn nach aufgehobener väterlicher Gewalt einen Theil der Schuld zurückzahlt [7]). Allein darin liegt ein Verzicht auf eine gesetzliche Rechtswohlthat; während es sich hier um die faktische Frage handelt, ob Jemand die Valuta eines Schuldscheins erhielt.

b) es erkennt Jemand die Richtigkeit des Schuldscheins an, ohne jedoch eine Theilzahlung zu leisten. Ich nehme hier das Wegfallen der Einrede an wegen der kumulativen Kraft der Partikel etiam. Donell argumentirt hier so: „Wer die Richtigkeit des Schuldscheins anerkennend eine Theilzahlung leistet, der zahlt also nur einen Theil, den andern erkennt er bloß an: dessenungeachtet wird ihm die exceptio n. n. p. auch wegen des bloß anerkannten Theils entzogen; es folgt also, daß auch bloßes Anerkenntniß die Einrede ausschließt." Diese Argumentation ist offenbar gezwungen; das Resultat aber ist richtig.

---

der Frist der exc. n. n. p.) Gezahlte zurückfordern will, den Beweis des indebiti (der non numerata pecunia) übernehmen müsse, folgt aus fr. 25. pr. de prob. (22. 3.) Diese condictio indeb. ist auch seit nov. 18. c. 8. zulässig, obwohl seitdem der Fall zu denen zu gehören scheint, ubi lis inficiando in duplum crescit. — 6) Donellus S. 225 226. Maier p. 58—60. — 7) fr. 2. ad SC. Mac. Donellus S. 222. 223. Cujacius rec. sol. h. t. fr. Becmanni a. a. O. S. 416 ff.

c) es erkennt Jemand den Schuldschein an und zugleich zahlt er die Schuld ganz oder zum Theil zurück. In diesem Falle fällt die exceptio n. n. p. ganz unzweifelhaft weg.

Was heißt nun aber die Richtigkeit des Schuldscheins anerkennen, fidem cautionis agnoscere?

Formelle Anerkennung der Unterschrift ist offenbar nicht gemeint, sondern des Inhalts. Ebensowenig Anerkennung der rechtsverbindlichen Kraft des geschlossenen Vertrages, wie beim constitutum debiti: sondern Anerkennung des *factum*, daß *Valuta* des Schuldscheins gezahlt sei. Nur dies kann der Ausdruck *fidem* cautionis agnoscere hier bezeichnen. Der Schuldschein enthält schon ein Bekenntniß der Zahlung; das agnoscere fidem cautionis heißt also wiederholtes Bekenntniß; wie, wird nicht gesagt. Es mag also ein Anerkenntniß sein vor Zeugen, in einem Testament, mündlich, schriftlich [8]). Das Sicherste und Gewöhnlichste wird sein ein wiederholtes besonderes Empfangsbekenntniß der Valuta, wie solches z. B. in der c. 7. §. 5. de praescr. XXX. wirklich vorkommt, „ad agnoscendum debitum suum secundam cautionem in creditorem exponere" [9]). In c. 3. de plus pet. werden secundae confessiones, in c. 8. de novat. cautiones juniores erwähnt. Daß übrigens solchen neuen Empfangsbekenntnissen nicht eine neue exceptio n. n. p. entgegengesetzt werden kann, auch nicht eine 30tägige, versteht sich von selbst. Es giebt ja über=

---

8) Bestellung von Bürgen oder Pfand enthalten ein solches Anerkenntniß nicht, da sie ebensogut für eine zukünftige als für eine schon entstandene Schuld bestellt werden, c. 1. h. t. — 9) Maier S. 57 ff.



haupt keine allgemeine exceptio n. n. p. gegen Quittungen; und wo sie stattfindet, geht sie gegen apochae *solutae* pecuniae, während hier eine apocha *numeratae* pec. vorliegt.

Es ist jedoch nothwendig, daß solch ein zweiter Empfangschein später ausgestellt werde, als der ursprüngliche Schuldschein; denn wäre er gleichzeitig, so würde er nur ein doppeltes Bekenntniß, nicht Anerkennung eines früheren enthalten. Wenn also die Praktiker[10]) eine „geminatio cautionis" als Kautel empfehlen, so ist das wenigstens nicht genau ausgedrückt. Es ist aber gleich, ob das besondere Empfangsbekenntniß einen Monat, einen Tag, eine Stunde später ausgestellt wird; wenn nur die spätere Ausstellung erhellt. Ebenso kann es gleich gelten, ob es in einem besonderen Scheine, oder ob es auf dem Hauptschuldinstrumente vermerkt wird. Mit dieser Ansicht sind, geleitet durch einen richtigen praktischen Takt, auch dem Resultat nach die meisten Neuern einverstanden[11]); aber aus ganz anderen Gründen. Sie behandeln diesen Fall der Ausstellung eines spätern Empfangscheins als etwas von der „agnitio fidei cautionis" ganz Verschiedenes. Zum Beweise ihrer Annahme stützen sie sich daher nicht auf die c. 4. h. t., sondern auf Billigkeit, ess-

---

10) Stryck Cautel. Sect. II. c. 7. §. 6 ff. Lauterbach S. 799. vgl. Waldeck a. a. O. S. 180 ff. — 11) vgl. Maier a. a. O. p. 56 sq. Glück p. 151. 152. a. a. O. Zanger p. 589. Donellus p. 293 cf. p 221—26. Stryck de Cautel. contr. Sect. II. c. 7. §. 7. Lauterbach a. a. O. S. 85. 790 ff. Struben Rechtl. Bed. Bd. IV. p. 276. Höpfner a. a. O. §. 852. Unterholzner a. a. O. p. 45—47. 57 ff. fr. Becmanni p. 446—48. A. M. Meurer S. 44. 45.

sirende ratio legis, auf Analogie des Satzes, daß die exceptio n. n. p. gegen die Dotalquittungen wegfalle, die post confectionem dotalium instrumentorum exponuntur, und auf die Analogie der c. penult. de pact. und c. 22 ad SC. Vellej. Donell z. B., obwohl er sonst die c. 4 h. t. richtig erklärt, argumentirt bei der Frage über die Wirkung eines Anerkenntnisses, wie folgt:

> wer 2 Jahr lang die exceptio n. n. p. versäumt, verliert sie, weil er dadurch stillschweigend die Richtigkeit des Schuldscheins anerkannt hat (??); — wieviel mehr muß sie wegfallen bei ausdrücklichem Anerkenntniß.

Unterholzner will die c. 4. h. t. analog anwenden. Es heiße darin, eine Theilzahlung schließe die Einrede aus. Was aber von einem stillschweigenden Anerkenntniß gelte, müsse analog von einem ausdrücklichen gelten. Er setzt also voraus, was in der Konstitution nicht steht, und schließt daraus analog, was ausdrücklich gesagt ist. Maier will das Anerkenntniß wie eine Art von Replik gegen die exceptio n. n. p. behandeln u. s. w.

Natürlich konnte es denn auch wieder nicht an Zweiflern fehlen, welche diese Analogie nicht anerkennen, von einer cessirenden ratio legis nichts wissen wollten, und also die Fortdauer der exceptio n. n. p. in diesem Falle annahmen. Namentlich gehört dahin Meurer, welcher dem Anerkenntniß gar keine Wirkung beilegen will.

Verschieden von der Frage nach der Wirkung des Anerkenntnisses ist die Frage, ob der Schuldner in dem Schuldschein selbst auf die exceptio n. n. p. wirksam verzichten, ob namentlich ein eidlicher Verzicht (nach kanonischem Recht) wirksam sei. Sie ist in unseren Quellen nicht

ausdrücklich berührt und muß nach den Grundsätzen vom Verzicht überhaupt entschieden werden[12]).

## §. 7.

## Rechtsmittel, welche mit der exceptio n. n. p. konkurriren.

Der Aussteller eines Empfangsbekenntnisses hat, wie wir gesehen haben, die exceptio n. n. p. nur binnen 2 Jahren, 30 Tagen, oder andern kurzen Fristen. Wie soll er sich helfen, wenn der Gegner innerhalb dieser Frist nicht klagt, er also keine Gelegenheit erhält, seine Einrede geltend zu machen? — Er kann 1. mit einer condictio sine causa den Schein zurückfordern; 2. auch durch eine Protestation den Ablauf der Frist unterbrechen. —

I. **Die Kondiktion des Schuldscheins** wird erwähnt in der c. 7. h. t. von **Alexander Sever**:

---

12) Es ist darüber viel Streit: s. die Glosse c. 3. h. t. und **Azo** ebendaselbst. — **Brunnemann** c. 13. §. 3. c. 4. nr. 4. h. t. **Donellus** p. 218. 219. **Walch** p. 587. 588. cf. 557. 558. 781. **Voet** Pand. tit. de R. C. §. 34. **Pufendorf** I. obs. 61. §. 5. 7 sq. **Cocceji** qu. 30. p. 609 sq. fr. **Beemanni** p. 143. **Schilter** exerc. ad Pand. 22. th. 32. **Stryck** de cautelis contr. sect. II. c. 7. §. 118. **G. L. Boehmer** pr. j. c. Lib. III. sect. I. tit. II. §. 336. **Carpzov** P. I. c. 32. def. 65. nr. 4. 8. **Zanger** p. 594. **Michaelis** bei **Zanger** P. II. p. 939 seq. §. 12—16. **Bruckner** ebendas. II. p. 1147. 1154. 1155 infr. **Wernher** Tom. I. P. I. obs. 246. T. III. P. I. obs. 46. nr. 1. obs. 160. nr. 1. **Hofacker** §. 2046. nr. IV. **Waldeck** p. 190 sq. **Maier** p. 60. 61. **Lauterbach** p. 786. §. 86. **Glück** p. 154 sq. **Unterholzner** a. a. O. S. 47. 48 und not. 39. **Reinhardt** S. 47. 48. — Besonders ausführlich **Brunnemann**, **Cocceji**, **Pufendorf** und die Gebrüder **Beemann**. Über den eidlichen Verzicht insbesondere s. **Donellus** a. a. O. S. 307. 308. **Unterholzner** S. 38. 39.

Si quasi accepturi mutuam pecuniam adversario cavistis, quae numerata non est, *per condictionem obligationem repetere,* si actor non petat, vel exceptione n. n. pecuniae adversus agentem uti potestis.

Man könnte bei dem cavere freilich nicht sowohl an einen Schuldschein, als an eine Stipulation denken, und bei dem obligationem repetere an ein condicere promissionem; um so mehr als repetitio öfter für condictio gebraucht wird und die Wendung obligationem repetere in einem Konstitutionenlatein, in welchem sich „petitionem dotis repetere" vorfindet, kaum auffallend sein dürfte. In der That ist Donell[1]) dieser Meinung; auch sprechen die Basiliken von einem condicere τὴν ἐπερώτησιν, und wir werden unten Gelegenheit haben, auch von dieser Idee Gebrauch zu machen. Natürlicher möchte es jedoch sein mit Cujacius und den Scholiasten unter dem repetere obligationem eine Rückforderung des Schuldscheins zu verstehen. Der Sprachgebrauch des Worts obligatio für Schuldschein ist unzweifelhaft erwiesen[2]). Dazu kommt, daß in einer andern Stelle Diokletians, der c. 4. de cond. ex L. (4. 9.) unzweifelhaft von Rückforderung des Schuldscheins gesprochen wird:

Si non est numeratum, quod velut accepturum te sumsisse mutuo scripsisti, et necdum transiisse tempus statutum, vel intra hunc diem habitam con-

---

1) Donellus S. 242. f. dagegen Cujacius in den notis h. t. und rec. sol. S. 328. — 2) Fr. 28. ad L. Corn. de fals. (48. 10.) c. unic. Th. C. si cert. pet. II. 27. und Riedel in Hugo's civil. Magazin Bd. 5. No. 2.

testationem monstrando, *reddi tibi cautionem* praesidiali notione postulare potes.
Auch die Basiliken sprechen hier von Rückgabe des Scheins. Die Kondiktion des Schuldscheins „condicere chirographum" kommt auch sonst öfter vor[3]), und zwar sogar in demselben Titel.

Cujacius, und schon die Glossatoren, sind der Meinung, daß diese condictio eine perpetua sei und daß der Kondicent den Beweis der non numerata pecunia zu führen habe. Beides halte ich für unrichtig. Schon Donell und einige ältere von Fabrot[4]) citirte waren entgegengesetzter Meinung; aber aus unhaltbaren Gründen. Die Sache ist einfach folgende:

Die condictio kann nur innerhalb der gesetzlichen Frist der exceptio n. n. p. angestellt werden. Denn nach Ablauf dieses Zeitraums soll der Schuldner mit der Behauptung, er habe kein Geld empfangen, durchaus nicht mehr gehört werden. Wird ihm solcher Einwand abgeschnitten, wenn er ihn als Beklagter machen will: so kann und darf er solche Behauptung auch als Kläger nicht mehr aufstellen. Die condictio wegen nicht gezahlter Valuta muß also wegfallen, weil es auf Zahlung oder Nichtzahlung gar nicht ankommen soll. Es kann von dem Schuldschein jetzt gar nicht mehr behauptet werden, daß er eine cautio frustra emissa sei. Überdies sprechen dafür die klaren Worte der c. 7. de condict. ex L.:

---

3) c. 2. de condict. ex L. (4. 9.) c. 2. C. Gregor. IV. 1. c. 3. de condict. indeb. (4. 5.) c. 25. de solut. (8. 43.) — 4) Cujacius recit. sol. h. t. paratitla ibid. recit. sol. zu c. 4. C. de condict. ex L. S. 238. Fabroti enarratio zu Cujacius paratitla h. t. Donellus S. 239. 242. 258.

reddi tibi cautionem postulare potes, *needum transisse tempus, vel intra hunc diem habitam contestationem monstrando.*

Allerdings hat ferner nach allgemeinen Grundsätzen der Kläger das Fundament der condictio zu erweisen. Dies besteht hier darin, daß die cautio eine „frustra emissa" sei. Frustra emissa ist die cautio, sobald einer Klage daraus die exceptio n. n. p. entgegenstände und der Gläubiger die Zahlung anderweitig beweisen müßte. Kläger muß also beweisen, daß die Bedingungen der exceptio n. n. p. da sind, daß der Schuldschein sich dazu eignet und die Frist noch nicht um ist: mehr aber nicht, namentlich keineswegs die Nichtzahlung der Valuta. Bei jeder condictio einer Schuld — als einer per exceptionem inanis — braucht der Kläger ja eben nur die Voraussetzungen dieser exceptio nachzuweisen. Die Beweislast umfaßt nicht mehr in dem einen, wie im andern Falle. Die intentio bei beiden ist dieselbe, weshalb denn auch beide Fälle in der c. 7. h. t. so zusammengestellt werden:

Si pecunia numerata non est, condictione obligationem repetere *vel* exceptionem agenti opponere.

II. Das zweite Rechtsmittel, um dem Ablauf der Frist vorzubeugen, ist eine Protestation (contestatio), welche schon in Konstitutionen des dritten Jahrhunderts vorkommt. Es ist ein Privatakt, ähnlich der Protestation, welche Justinian in der c. 2. de annali exc. (7. 41.) für alle Verjährungen eingeführt hat. Nur im Nothfalle kann die Protestation auch bei einem judex, episcopus oder defensor civitatis eingelegt werden. Ausführlich beschrieben wird sie in der c. 14. §. 4. h. t.:

In omni vero tempore, quod memoratae exce-

ptioni taxatum est, ei licebit, cui talis exceptio competit, vel *denunciationibus scripto missis querelam non num. pec. manifestare* ei, qui numerasse eam vel alias res dedisse instrumento scriptus est; vel si abesse eum his locis, in quibus contractus factus est, contigerit, in hac quidem alma urbe apud quemlibet ordinarium judicem, in provinciis vero *apud Viros clariss. praesides earum vel defensores locorum eandem querelam manifestare*, eoque modo perpetuam sibi exceptionem efficere. Sed si praesens quidem sit, qui pecunias numerasse vel alias res dedisse scriptus est, aliquam vero administrationem gerat, ut difficile esse videatur, *denunciationem ei* [*non num. pec.*] *mittere*, — licentiam damus ei alios judices adire, et per eos ei *manifestare, factam a se super non num. pecunia querelam esse.* Quodsi in provinciis non sit alius administrator civilis vel militaris, vel per aliquam causam difficile sit ei, *qui memoratam querelam opponit, adire eum et ea quae dicta sunt, facere, licentiam ei damus per V. Rever. episcopum eandem suam exceptionem creditori manifestare et ita tempus statutum interrumpere.* Quae etiam in exceptione n. n. dotis locum habere certum est.

Ist also der Inhaber des Empfangscheines anwesend, so soll die denunciatio schriftlich ihm insinuirt werden; ist er abwesend, so soll sie beim Richter angebracht werden: ob auch hier schriftlich und dem Gegner zu insinuiren, wird nicht gesagt, ist vielmehr erst später durch nov. 100 ausdrücklich bestimmt.

Digitized by Google

Schon das Wort denunciatio, und der Umstand, daß dieselbe dem Gegner schriftlich zugesandt, jedenfalls nicht nothwendig beim Richter angebracht werden soll, ergiebt, daß es sich um eine bloße Protestation handelt, welche ohne weiteres Verfahren zur Perpetuirung der exceptio n. n. p. genügt (eandem exceptionem creditori *manifestare* et *ita* tempus statutum interrumpere). Noch klarer ergiebt dies die Novelle 100:

> *Contestationem* (oder *denunciationem*, *διαμαρτυρίαν*) *vero* dicimus non eam solum, quae verbis fit, sed *contestationem in scriptis fieri oportet.* Etiamsi vero quis *in judicio forte facere velit,* omnimodo *id mulieri innotescere oportet.*

Es handelt sich also nur um dies Bekanntwerden, ohne weitere Prozeduren. Es ergiebt sich daraus ferner, daß die denunciatio nicht gerade ein selbstständiger Akt zu sein braucht, sondern auch im Laufe eines Prozesses als Nebenpunkt erfolgen kann. Wenn z. B. der Beklagte in der Klagebeantwortung die exceptio n. n. p. angebracht hat und dem Kläger Abschrift davon ertheilt ist, so bewirkt dies, gleich einer Protestation, die Perpetuirung der Einrede, so daß, wenn etwa der Prozeß liegen bleibt, später dieselbe zu jeder Zeit angebracht werden kann.

Die Idee, welche sich hie und da wohl bei Neuern findet, daß diese Protestation erst von Justinian eingeführt sei, ist offenbar irrig, da sie in einer bedeutenden Anzahl älterer Konstitutionen ohne Spur einer Interpolation vorkommt. Solche Protestationen sind überhaupt dem römischen, auch dem vorjustinianischen Recht nicht fremd.[5])

5) c. 8. de contr. emt. (3. 28.) c. 16. ad SC. Maced. (4. 6.) fr. 7. §. 3. de decur. (50. 2.) Paul. II. 14. §. 6. c. 3.

Nur die **schriftliche** Form der Protestation wird zuerst von **Justinian** erwähnt, der überhaupt eine gewisse Vorliebe für schriftliche Protestationen hat[6]).

## §. 8.

## Von der querela n. n. p.

Nach der bisherigen Darstellung finden sich zwei Rechtsmittel neben der exceptio n. n. p.: eine condictio des ausgestellten Schuldscheins, und eine Protestation zur Unterbrechung der Frist unserer Einrede.

Neben beiden kommt noch überaus häufig der Name *querela non numeratae pecuniae*, und dem entsprechende Wendungen mit *queri* vor; und zwar in Zusammenstellungen, welche räthselhaft erscheinen. — Bei neueren Schriftstellern finden sich über die Natur dieser querela n. n. p. drei Meinungen, welche sämmtlich entweder unrichtig oder ungenau zu sein scheinen.

Die **erste Meinung**[1]) hält die querela n. n. p. für gleichbedeutend mit der in diesem Falle vorkommenden condictio des Schuldscheins, — eine Meinung, welche schon bei **Chassanaeus** vorkommt und noch in mehren neueren Kompendien angenommen zu sein scheint. Diese Meinung ist die schwächste von allen; sie ist auch nicht durch **eine** Stelle belegt. Es wäre gegen allen römischen Sprachgebrauch, eine condictio konstant mit dem Ausdruck

---

§. 1. de jure impetr. (8. 34.) c. 2. de jure emph. (4. 66) c. 29. de usur. (4. 32.) c. 8. de distract. pign. (8. 28.) — 6) Nov. 115. c. 3. §. 12. c. 24. de neg. gest. (2. 18.) — 1) **Chassanaeus** S. 405. **Mühlenbruch** in den älteren Ausgaben §. 378. v. **Wening-Ingenheim** Lehrbuch 3. Aufl. 1827. S. 643. **Cropp** (?) a. a. O. S. 343. 363. **Schweppe** Pr. R. §. 452.

querela zu bezeichnen. Ferner schließen Wendungen der Art: *querelam opponere* c. 14. h. t., *querelam deferre* c. 4. und 9. h. t. doch wohl den Gedanken an eine condictio des Schuldscheins aus? Dazu kommt, daß in einigen unserer Stellen das Wort querela n. n. p. mit contestatio, διαμαρτυρία abwechselnd und identisch gebraucht wird. Daß diese contestatio nun aber etwas von der condictio Verschiedenes sei, ergeben schon die Worte. Zum Überfluß wird in der c. 4 de cond. ex L. die contestatio ausdrücklich von der condictio des Schuldscheins unterschieden. — Wir können diese Ansicht also wohl ohne Umstände fallen lassen.

Die zweite Meinung[2]) hat bedeutende ältere Autoritäten, namentlich Cujacius und Donellus für sich. Nach ihr ist die querela n. n. p. gleichbedeutend mit der contestatio, denunciatio, also mit der Protestation zur Unterbrechung der Frist der exceptio n. n. p. Entschieden dafür spricht der Umstand, daß die Worte denunciatio und querela oft abwechselnd gebraucht werden. Dagegen sprechen vielfache Wendungen in unseren Stellen z. B. c. 14. h. t. *denunciationibus scripto missis querelam n. n. p. manifestare.* Wenn die denunciatio (contestatio) dazu dienen soll, die querela n. n. p. zu manifestiren, so kann sie nicht selbst die querela n. n. p. sein. Noch mehre Stellen werden wir unten kennen lernen, welche mit dieser Ansicht nicht zu vereinigen sind.

---

2) Donellus p. 299—302. 248. 239—42. Cujacius recit. sol. h. t. expos. novellae 100. und Observ. IX. c. 38. Schulting jus civ. Antej. S. 162. Unterholzner S. 42—44. und die Lehre v. d. Schuldverhältn. I. S. 75. Marezoll Ztschr. für Civilr. und Proz. Bd. 4. S. 386—92. —

Die

Die dritte Meinung[3]) wird von Glück und in den meisten neueren Monographien vertheidigt. **Danach wäre die querela n. n. p. weder die Kondiktion, noch die Protestation, sondern eine besondere Klage oder etwas dem** Ähnliches. So erklärt Glück: die exceptio n. n. p. könne auch „als Klage" vorkommen, durch welche der Gläubiger gezwungen werde, entweder die Zahlung der Valuta anderweitig zu beweisen oder den Schuldschein zurückzugeben. Er nennt diese Klage eine Provokation und unterscheidet sie ausdrücklich von der Protestation, contestatio, und von der condictio des Schuldscheins in diesem Falle. Maier hält in ähnlicher Weise die querela für ein der provocatio ex Lege si contendat ähnliches Rechtsmittel. Reinhardt nennt sie ein Rechtsmittel wegen non numerata pecunia, dessen sich Jemand als Kläger bediene. Pfeiffer spricht von einer „exceptio n. n. p. als Klage", nennt sie eine Quasi-Provokation und erörtert weitläuftig, wem bei dieser Klage die Beweislast obliege. Hie und da spricht man wohl geradezu von einer actio non numeratae pecuniae.

Bei einer vollständigen Übersicht des römischen Sprachgebrauchs reicht man mit keiner dieser drei Ansichten aus. Der in lexikographischen Arbeiten bisher nicht umständlich erörterte Sprachgebrauch von querela muß natürlich hier die nächste Entscheidungsnorm abgeben. Praktisch wichtig ist derselbe überdies zur Erläuterung mehrer unten erwähnten zweifelhaften Stellen und zur Bestimmung der bekanntlich

3) Glück a. a. O. Bd. 12. S. 144. 145. (25.) S. 257. Maier p. 38. Reinhardt S. 33. Pfeiffer S. 152—55. 128. Höpfner Kommentar §. 853. Vinnius Comment. zu tit. I. de litt. obl. Keyser bei Zanger II. S. 71.

so streitigen Natur der querela inofficiosi. Die Worte querela, querimonia, queri in den römischen Rechtsquellen umfassen jede Behauptung eines Unrechts in einer eben so weiten Bedeutung, wie unsere Ausdrücke: Beschwerde, sich beschweren. Solche Beschwerde über einen Andern kann die Grundlage einer actio, exceptio, replicatio, einer Kriminalanklage, eines Incidentverfahrens u. s. w. bilden. Aber technisch bedeutet das Wort querela weder actio, noch exceptio, noch accusatio.

Die Hauptbeispiele unserer Quellen sind folgende:

I. wird durch querela bezeichnet die Anführung des Anklägers in judicio publico, z. B. c. 12. ad L. Corn. de fals.: *querela* falsi non excluditur, nisi XX. annorum praescriptione. — Viri Illustres in *querimoniam* criminalem vocantur. c. 3. §. 3. ubi senator. — LX. dies, qui marito (adulterii) accusante utiles computantur, feriatis quoque diebus numerari certum est: quod privilegium si amisit, non prohibetur intra alios IV. menses *querelam suam* apud judicem *deferre*. fr. 11. §. 6. ad L. Jul. de adult.

Allerdings enthält jede Anklage eine Beschwerde über einen Andern. Man kann deshalb jedoch noch nicht behaupten, daß querela und queri, welche in dieser Verbindung auch nur selten vorkommen, technisch eine Anklage bezeichnen. Ebenso findet sich z. B. *dicere* aliquem adulterium, falsum commisisse etc.

II. *Querela* bezeichnet auch eine Anführung, welche die intentio des Klägers bildet. So heißt es von einem, der die condictio indebiti aufstellt: *queritur, quod pars pecuniae indebita fuerit*[4]); andererseits wird derjenige,

4) fr. 25. §. 2. de prob. (22. 3.)

gegen den man die Kondiktion anstellt, bezeichnet als der, *de quo quereris*[5]. — In der c. 5. mand. (4. 35.) wird eine Anführung bei der actio mandati *querela* genannt:

> Si maritus sororis tuae tibi procurans petere B. Pnem noluerit, cum ipso tibi congrediendum est: quam *querelam* ita cum effectu habes, si mandasse te ut peteretur B. P. eumque neglexisse arguas.

So heißt es ferner vom Kläger in einem Interdikte: utiliter interdicto de mortuo inferendo, qui de jure dominii *queritur*, aget[6]; von dem fidejussor, der eine actio injuriarum anstellen könnte: tanquam de injuria sibi facta *queri* poterit[7]; von demjenigen, welcher die actio doli anstellt: dolum se passum esse *conqueritur*[8]; bei der actio L. Aquiliae: ex morte ancillae, quam caesam *conquestus es*, tam Legis Aquiliae actionem, quam criminalem accusationem competere[9]. Auch die Anführungen des minor, der seine, ohne obrigkeitliches Dekret veräußerten Sachen vindizirt, werden als querelae bezeichnet[10]. Andererseits wird der mit der hereditatis petitio belangte bonae fidei possessor, der nicht für culpa haftet, als solcher bezeichnet, qui nulli *querelae* subjectus est[11]. *Querela* heißt an einer Stelle eine Beschwerde „se domus suae possessione esse depulsum", — also eine (anscheinend im Wege des Reskriptprozesses einzuleitende) Klage wegen Selbsthülfe[12].

5) c. 3. de condict. ob turpem c. (4. 7.) — 6) fr. 43. de religios. (11. 7.) — 7) fr. 17. de fidej. — 8) c. 8. de dol. mal. (2. 21.) c. 33. de transact. (2. 4.) — 9) c. 3. de L. Aquilia (3. 35.) — 10) c. 3. si major. (5. 74.) — 11) fr. 31. §. 3. de hered. pet. (5. 3. — 12) Novell. Valent. II. 8. c. 1. §. 1. 2.



Digitized by Google

Endlich will ich hier die c. 14. pr. de prox. sacr. (12. 19.) erwähnen, wo Justinian diejenigen, qui *sine scriptis* civili vel criminali *actione* conveniendi sunt, denjenigen, qui *scriptis in querimoniam* ferendi sunt, entgegensetzt.

Wenn Brissonius bemerkt, querela werde manchmal für actio gebraucht, so ist dies ungenau. Es bezeichnet nicht formell die Handlung des Klagens, sondern materiell eine Anführung, welche bei der Klage gemacht wird.

**III.** bezeichnet querela auch eine Anführung, welche den Inhalt einer exceptio bildet. De dolo *queri* heißt es von demjenigen, der die doli exceptio braucht[13]), quaedam a muliere amota *queritur*, von dem, welcher aus diesem Grunde den Einwand der Kompensation gegen die actio dotis macht[14]). So wird querela genannt die Anführung des Pächters, daß seine Schennen erbrochen seien, wahrscheinlich um auf Grund dessen Remission zu verlangen[15]). Non debet ex parte obligationem comprobare, ex parte tanquam de iniqua *queri*, heißt es von einer Einrede des libertus gegen die actio ex stipulatu[16]). Ähnlich heißt eine Einrede des Mannes, der die Geschäfte der Frau zu führen versäumte, fr. 35. pr. de neg. gest. (3. 5.): *sed hic modus quidam servandus est, ut ita querelae locus sit: Quantum facere potuit etc.*

**IV.** Häufig ist der Gebrauch des Worts querela von Anführungen in einem Prozeß, so daß es unentschieden bleibt, ob sie in einer actio oder exceptio oder replicatio ge=

---

13) fr. 14 und fr. 2. §. 1. de doli exc. (44. 4.) — 14) c. 6. de compens. (4. 31.) c. 1. rer. amot. (5. 21.) — 15) c. 1. de locat. (4. 65.) — 16) fr. 39. §. 1. de oper. libert. (38. 1.)

Digitized by Google

macht werden. So die *querela vilioris pretii* in c. 1 Th. C. de contr. emt. (3. 1.), worunter gedacht werden kann ebensowohl eine Anführung des Verkäufers in der actio venditi, als die exceptio desselben gegen die wider ihn angestellte actio emti. Umgekehrt kommt auch ein *conqueri de immensitate pretii* vor[17]). So wird in fr. 58. §. 2. ad SC. Trebell. (36. 1.) der Fall erwähnt, daß der Fiduciar in der Zwischenzeit, bevor er dem Erben die Erbschaft restituirt, die Zinsen für sich einziehen kann: *nec ideo querelae locus erit, quod de fructibus heres, quos suo jure percipiebat, foenus non solverit.* Auch diese Aufführung kann sowohl in der intentio, als in der exceptio vorkommen.

Super donationibus mortis causa factis non poterit filius *queri*, heißt es von dem Sohne, der die Kollation einer mortis causa donatio von einem Miterben verlangt, in fr. 20. §. 1. de B. P. c. t. (37. 5.). Eben so unbestimmt kommt vor *querelam movet usurarum ratio*[18]); — *querela super invasis sui juris locis*[19]); — *de injuria queri*[20]). — Insbesondere gehört hieher die c. 2. de his quae vi (2. 20.) von Alexander:

Cum te non solum cavisse, verum etiam solvisse pecuniam confitearis, qua ratione ut vim passus restitui, quod illatum est, postules, perspici non potest: quando verisimile non sit, ad solutionem te properasse omissa *querela* de chirographo, utpote per vim extorto, nisi et in solvendo vim te passum dicas.

---

17) c. 6. Th. C. de cohort. (8. 4.) — 18) fr. 35. §. 3. de neg. gest. (3. 5.) — 19) c. 1. Th. Cod. fin. regund. (2. 26.) — 20) fr. 34. pr. de jurejur. (12. 2.)



Ohne genauere Berücksichtigung des Sprachgebrauchs konnte man hier an die querela n. n. p. denken. Indessen die Worte selbst und die Titelrubrik ergeben, daß diese querela de chirographo utpote per vim extorto wohl gedacht werden muß als Behauptung der Ungültigkeit des Versprechens wegen Zwangs, sei es in einer actio oder in einer exceptio. — Daß die Anführung auch dessen, der eine in integr. restitutio nachsucht, querela genannt werde, ist schon oben bemerkt worden. Endlich gehört hieher eine Stelle des Greg. Cod. II. 5. c. 1. de inofficios.:

> Dos, quae a patre nubenti filiae data est aut in obligatione constituta, in quarta, quam habere ex bonis patris debet, ne inofficiosum testamentum possit accusari, non computatur: quoniam vivente patre bonis ejus fuit separata. Imperite itaque introducis *querelam cautionis a marito tuo emissae, quasi non omnia tradita ei essent*; quum, etsi verum sit, quod scriptura continetur, non perimatur querela inoff. testamenti, si ex judicio patris supremo quarta filiae non suppletur, quam intestato patre pro portione sua habere debuit. (223.)

Die Tochter verlangt also eine Quart aus dem Nachlaß des Vaters. Der Gegner excipirt, sie müsse sich die empfangene dos in die Quart einrechnen. Sie replicirt, die dos sei ihrem Ehemanne nicht vollständig ausgezahlt worden. Diese Entgegnung wird eine querela genannt. Man könnte dabei an eine förmliche querela n. n. p. denken. Das Wort querela ist indessen so unbestimmt, daß diese Annahme nicht nothwendig erscheint. Unwahrscheinlich aber ist sie, weil keine Bestimmung hinzugefügt ist über die Frist der querela; weil die unbeholfene Bezeichnung „querela

**cautionis emissae, quasi non omnia ei tradita essent"**, eben nicht auf ein förmliches, technisch bezeichnetes Rechtsmittel deutet; weil endlich unter dieser cautio emissa an eine besondere Quittung über Empfang der dos zu denken ist, gegen welche eine querela n. n. p. im römischen Recht niemals stattfand.

V. Querela bezeichnet eine Beschwerde bei dem Magistrat in Fällen, für welche es keine förmliche actio giebt. Beispiele hat Brissonius gesammelt. So heißt z. B. die formlose Beschwerde[21]) über Einziehung eines Vermögens als bonum vacuus durch den Fiskus eine *querela*. Solche *querelae* kommen auch vor zwischen Freigelassenen und Patronen, zwischen Herren und Sklaven, in Fällen für welche es keine förmlichen Klagen giebt[22]). Es hängt damit zusammen, daß querela öfter gebraucht wird von den Anführungen des Appellanten; oder vielmehr von formlosen Beschwerden gegen eine Verfügung der Administrativgewalt, gegen welche förmliche Appellation nicht stattfinden soll, c. 12. Th. C. de appell. (11. 30.):

> Si nominatus magistratus aliquis refragetur, *non appellatio, sed querimonia* hoc dicetur, appellationis enim verbum in majoribus rebus dici oportet. Similiter et si ad exactionem annonariam nominatus de injustitia queratur, *non appellatio, sed querela* hoc esse videbitur. Ideoque nec tempora appellationum servanda sunt, sed mox super hujusmodi querimoniis disceptandum.

So wird eine querimonia der Dekurionen[23]) genannt, wenn sie ein ihnen aufgetragenes Amt ablehnen. — Von dem

21) c. 3. Th. C. (10. 8.) — 22) fr. 1. de off. praef. urb. (1. 22.) — 23) c. 8. Th. C. de decur. (12. 1.)

ad exactionem annonariam vocatus heißt es: *de injusto onere conqueritur*[24]), von den navicularii, welche einen Verstoß gegen die für sie geltende Instruktion behaupten: *in querelas infructuosae complorationis veniunt*[25]). Noch unbestimmter erscheinen folgende Wendungen:

Si ad nos aliqua de retentis ab opinatoribus (i. e. exactoribus annonae militaris) *querela* pervenerit, in duplum ab his protinus exigatur[26]). — Der judex, welcher mehr als die angeordneten Auflagen eintreibt, soll das Doppelte zahlen, ubi primum ad nos fuerit *querela* delata[27]). — Civitas Rhodiorum injuriam suam *conquesta est* (in Bezug auf eine Beschwerde wegen der Schiffahrt)[28]). — De statutis praesidialibus *conqueri*[29]). — Uniformes *querelas* iisdem fere sermocinationibus volutant. fr. Vat. §. 35. von einer ähnlichen Beschwerde beim Kaiser. — Ab eo judicato recedi non potest, —si ubi primum cognovistis, non illico de statutis *querelam* detulistis[30]). — Querela ab arbitro ad judicem defertur, wenn man behauptet, daß die vom arbiter approbirten Bürgen nicht sicher seien[31]).

Aber auch bei förmlichen gerichtlichen Appellationen kommen im Theodosischen Codex die Ausdrücke *querela* und *queri* vor[32]).

---

24) c. 4. Th. C. de censitor. (13. 11.) — 25) c. 4. Th. C. de navicul. (13. 5.); ähnliche Stellen: c. 4. Th. C. de tribut. (11. 2.) c. 6. Th. C de off. proc. (1. 12.) c. 6. Th. C. de relat. (11. 29.) — 26) c. 16. Th. C. de exact. (11. 7.) — 27) Ibid. c. 7. de extraord. (16. 7.) — 28) c. 6. C. de off. rect. (1. 40.) — 29) Th. C. I. 5. c. 2. (ed. Wenck.). — 30) c. 3. C quom. et quando (7. 43.) — 31) fr. 10. pr. qui satisd. cogantur; eine andere Beschwerde gegen den arbiter fr. 32. §. 14. de rec. qu. arb. — 32) c. 10. Th. C. de appell. (11. 30.)

Die Wendung: mulier de minore dotis aestimatione *queritur* fr. 24. §. 7. de donat. int. V. gehört mehr in die folgende Rubrik.

VI. Bezeichnet *querela* einen Incidentpunkt im Proceß z. B. die Beschwerde daß eine Beweisurkunde verfälscht sei. c. 21. de fide instr. (4. 21.) Im Laufe der Verhandlungen über eine hereditatis petitio kann unter andern die Behauptung erörtert werden, daß ein vorgebrachtes Testament wegen mangelnder Form ungültig, untergeschoben, verfälscht, inofficios sei. Eine solche Behauptung kann als querela bezeichnet werden, z. B. *de non jure facto nec signato testamento querela* [33]).

Die *querela inofficiosi* ist nichts als eine solche Incidentanführung bei einer hereditatis petitio, und wird als solche auch mit ähnlichen Zwischenanführungen zusammengestellt. Si quis dicat *irritum testamentum, vel ruptum, vel inofficiosum,* conditio ei deferri debet, utrum prius movere velit [34]). In diesem Sinne wird denn auch das inofficiosum *queri* oder *dicere* definirt:

Inofficiosum testamentum dicere, hoc est allegare, quare exheredari vel praeteriri non debuerit [35]).

Zwar hat man sich die querela inoff. häufig als eine von der hereditatis petitio verschiedene, selbstständige Klage gedacht; allein mit Unrecht. Sie wird als eine hereditatis petitio ex causa inofficiosi deutlich bezeichnet in folgenden Stellen:

Ad hereditatis petitionem admittendus est ex

---

33) fr. 47. de hered. pet. — 34) fr. 8. §. 12. de inoff. — 35) fr. 3. eod.; „de inofficioso disputare" fr. 1. eod.



causa inofficiosi querelae contra emancipatum movendae [36]).

Qui de inofficioso dicit, nec actiones movere debet, nec aliam ullam quam hereditatis petitionem exercere [37]).

Si filius decesserit nulla hereditatis petitione de inofficioso constituta [38]).

Eine direkte Bestätigung dessen enthält folgendes alte glossarium:

ἤγουν ἡ κατὰ ἀτάκτου διαθήκης μέμψις οὐκ ἔστιν ἀγωγὴ διαθήκης, ἀλλ' αἰτία ἐστὶν ἀγωγῶν· λέγω δὴ τῆς hereditatis petitionis [39]).

Dies Zusammenfallen der sogenannten querela inofficiosi mit der hereditatis petitio ergiebt sich ferner aus folgenden Wendungen:

Si quaestionis titulus prior *inofficiosi testamenti* causam habuisset, judicatae rei praescriptio non obstaret *eandem hereditatem* ex alia causa vindicanti [40]).

Si dicam inofficiosum, non totam *hereditatem*, sed dimidiam debeo *petere* [41]).

Suscepturum se de inoff. test. judicium et *hereditatem* petiturum [42]).

Daher muß denn auch derjenige, gegen welchen die querela inoff. gerichtet werden soll, Besitzer pro herede oder pro possessore sein [43]), wie bei der hereditatis petitio. Umgekehrt kann der zur Querel Berechtigte, wenn er Be-

36) fr. 20. pr. de B. P. c. t. (37. 4.) — 37) fr. 20. de inoff. test. (5. 2.) — 38) c. 34. eod. (3. 28.) — 39) bei Brissonius s. v. querela. — 40) c. 3. de hered. pet. (3. 31.) — 41) fr. 8. §. 8. de inoff. — 42) fr. 7. §. 1. de hered. pet. (5. 3.) — 43) c. 1. h. t. (3. 28.)



sitzer der Erbschaft und als solcher von einem Dritten in Anspruch genommen ist, diese Anführung nach Art einer Einrede machen:

Si filius exheredatus in possessione sit hereditatis in modum contradictionis *querelam* inducat [44]).

Querela ist daher auch hier nicht technische Bezeichnung einer selbstständigen Klage, sondern nur einer Anführung im Prozeß über die hereditatis petitio. Wie wenig man sich die querela als eigentliche actio dachte, zeigt besonders die seltsame Wendung bei Paulus Receptae sent. IV. 5. §. 9.: si de *inofficiosi querela* instituerit *actionem*.

So kommt noch bei Gajus von dem Patron, welcher die B. P. contra tabulas nicht gebrauchen darf, die unbestimmte Wendung vor: nulla videbatur esse *querela* [45]). — Una iis *querela* superest, si de inofficioso dicant [46]), und ähnliche Wendungen bestätigen diese Ansicht; so wie die gleichbedeutenden Ausdrücke: Quaestio de inoff., disputare de inoff., arguere, accusare, dicere inoff., accusatio inofficiosi etc. — Der Ausdruck agere de inoff., actio inoff., ist im Pandektenlatein noch selten [47]).

Der eigentliche Name der Klage ist also hereditatis petitio. Freilich ist materiell die Incidentfrage über die Behauptung der Inofficiosität (querela inoff.) in diesem Falle die Hauptsache, und ebendeshalb setzt man gewöhnlich *querela inofficiosi* statt hereditatis petitio ex causa inofficiosi. Aber auch aus diesem Sprachgebrauch kann

44) fr. 8. §. 13. eod. — 45) Gaj. III. 40. — 46) fr. 10. §. 5. de B. P. c. t. (37. 4.) — 47) fr. 76. de legat. II. (31.) fr. 12. §. 3. fr. 15. §. 2. fr. 30. §. 1. de inoff. (5. 2.)

nicht erwiesen werden, daß querela jemals die formelle Handlung des Klagens, gleich actio, bezeichne.

**VII.** *Querela* wird ferner die Anführung dessen genannt, welcher den Lauf der Verjährung unterbrechen will: ***adire praesidem vel libellum ei porrigere et hoc*** (intentionem suam) ***in querimoniam deducere intra constituta tempora et interruptionem temporis facere***[48]). — Jn ähnlicher Weise giebt **Honorius**[49]) denjenigen, deren Güter als caduca behandelt sind, 1 Jahr Zeit zu widersprechen, und wenn der Widersprechende nicht Gelegenheit hat, den comes rei privatae anzugehen: ***apud quemcunque judicem contestatis querelis et evidenter probatis praejudicium evitare.*** Natürlich konnte daher auch die Anführung dessen, der wegen einer non numerata pecunia protestirt, durch querela und queri bezeichnet werden.

Bei einer allgemeinen Übersicht des Sprachgebrauchs ergiebt sich also, daß durch queri und querela nie bezeichnet wird ein Akt bestimmter Form, sondern jede Behauptung eines Unrechts, geschehe die Anführung vor Gericht oder anderswo, in oder außer einem Prozeß, in Civil- oder Kriminalsachen, in einer Klage, Einrede oder Replik.

Dies vorausgesetzt werden wir im Stande sein, den Begriff der querela n. n. p. sicher zu bestimmen. Die Ausdrücke, welche für unser Institut überhaupt vorkommen, lassen sich auf drei Familien zurückführen:

**I.** *exceptio non num. pec.*, in den griechischen

48) c. 2. de annali exc. (7. 40.) c. 31. de episc. aud. (1. 4.) — 49) c. 27. Th. C. de petit. (10. 10.)

Quellen: ἡ περὶ τῆς ἀναργυρίας παραγραφὴ, ἡ περὶ τοῦ μὴ ἀριθμηθῆναι τὰ ἀργύρια παραγραφή. (Bas. c. 8. h. t.)

II. ***Contestatio*** oder denunciatio, *μαρτυρία, διαμαρτυρία, παραγγέλλειν ἐπιγραφῶς* (Bas. zu c. 14. §. 4. h. t.), *διαλαλία* (schol. III. S. 347. unten).

III. ***Querela*** n. n. p., querimonia (besonders in Julians epitome), queri, *ἡ μέμψις περὶ ἀναργυρίας, μέμψαι, μέμψασθαι, αἰτιάσασθαι τὴν ἀναργυρίαν.*

Das gewöhnlichste griechische Wort ist ἡ ἀναργυρία, ἡ τῆς ἀναργυρίας (nämlich παραγραφή oder μέμψις). Ein dem entsprechendes lateinisches Wort kommt nicht vor. Ähnlich jedoch ist die Rubrik unseres Titels: ***De non numerata pecunia***, zu vgl. auch die in der Lex Rom. Burg. erwähnte ***Causa de non numerata pecunia.*** Manchmal finden sich auch unbestimmte Umschreibungen: rei gestae quaestionem deferre (nämlich quod pec. numerata non sit). c. 6. si cert. pet. (4. 2.); ähnlich in der nov. 100. der Ausdruck ζήτησις. — Die Basiliken substituiren der exceptio n. n. p. in der c. 6. h. t. das Λέγειν ὅτι οὐκ ἠριθμήθη; — die c. unic. §. 4. Th. C. si cert. pet. (2. 27.): ***caussari nihil sibi numeratum pro hac obligatione*** i. e. chirographo; — die Interpretatio ebendaselbst: ***de cauta et non consignata pecunia dicere;*** — **Theophilus** im Institutionentitel de litt. obl. ἀντιτιθέναι τὴν τῆς ἀναργυρίας παραγραφὴν καὶ λέγειν τῷ δανειστῇ· δεῖξον ὅτι ἀπηρίθμησας. Noch ausführlicher heißt es in der nov. 136.: ***dicere, quod, tametsi instrumenta sive confessiones sive ratiocinia omnia manu sua conscripserint, aurum tamen, quod in iis comprehenditur, datum non sit.***

Abgesehen von diesen unbestimmten Umschreibungen, sind die regelmäßigen Ausdrücke: *exceptio n. n. p.*, *contestatio*, *querela n. n. p.*, und das wahre Verhältniß dieser drei Ausdrücke ist folgendes:

*Queri* non num. esse pecuniam heißt weiter nichts als: Anführen, es sei das Darlehn nicht gezahlt worden. Deshalb wird dem queri in nov. 100., nov. 136. c. 6., bei Theophilus, in den Basiliken und bei den Scholiasten öfter substituirt: *dicere quod pecunia non numerata sit.*

*Querela n. n. p.* heißt die Anführung, es sei das Darlehn nicht gezahlt. Diese Anführung kann doppelt vorkommen: einmal in der exceptio non n. p.; dann in einer Protestation, contestatio, welche der Schuldner einlegt, um den Zeitablauf der Einrede zu unterbrechen. Querela, contestatio und exceptio n. n. p. sind also nicht, wie man, durch die Worte verführt, früher glaubte, drei verschiedene Rechtsmittel, sondern ein Rechtsmittel in zwei Formen. Die Ansicht, nach welcher querela n. n. p. eine eigne selbstständige Klage wäre, hat schon den römischen Sprachgebrauch des Worts querela wider sich.

*Querela n. n. p.* ist die Bezeichnung unseres Rechtsmittels seinem Wesen und seiner Wirkung nach: *exceptio n. n. p.* und *contestatio* die technische Bezeichnung der beiden Formen desselben. Ähnlich gebraucht man *querela* inoff., wenn das Wesen und die Wirkung der Klage; *hereditatis petitio*, wenn die Form der Anstellung genauer bezeichnet werden soll.

Das einzig Singuläre in dem dicere non num. esse pecuniam ist, daß der Gegner genöthigt wird, die Zahlung auf andere Art als durch den Schuldschein zu beweisen.

Deshalb stellt Theophilus das queri hin als ein λέγειν· δεῖξον ὅτι ἀπηρίθμησας. Dies bringt die Natur des Rechtsmittels mit sich. Es ist freilich eine Singularität, die aber das Wesen und die Wirkung, nicht die Form desselben angeht. Diese besondere Wirkung hat unser Rechtsmittel aber nur, wenn es in der gesetzlichen Frist angebracht wird. Daher die Wendung: es sei nur zulässig, intra certum tempus queri. Der Ausdruck querela n. n. p. ist also insofern technisch, um die besondere Wirkung zu bezeichnen, welche die Anführung, non num. esse pecuniam, auf die Beweiskraft des Schuldscheins hat.

Wie das Wort querela überhaupt nie einen Akt von bestimmter Form bezeichnet, so wird auch die querela n. n. p. nur gebraucht, wo es nicht darauf ankommt, von einer bestimmten Form des Rechtsmittels, sondern von dessen Wesen und Wirkung zu sprechen. Daher wird im griechischen Sprachgebrauch der querela n. n. p. regelmäßig der ganz unbestimmte Ausdruck ἀναργυρία substituirt. Die Richtigkeit dieser Idee bewährt sich durchweg und schlagend bei einer Vergleichung unserer Quellen.

Zunächst gehören hieher eine Menge von Stellen, in denen querela und exceptio n. n. p. als gleichbedeutend abwechseln: — ein Sprachgebrauch, der unerklärbar wäre, wenn man mit Marezoll und Andern annehmen wollte, querela an sich bezeichne technisch die Protestation, contestatio.

Namentlich ist hier zu beachten c. 9. h. t.:

**Cum ultra hoc, quod accepit, re obligari neminem posse constet, et si stipulatione interposita placita credita non dederit: *in factum esse dandam exceptionem convenit:* si necdum tempus intra quod**

*hujus rei querela* deferri debet transiit, vel si intra hoc in testando juri paritum sit etc.

Ohne Voraussetzung des von uns angenommenen Begriffs wäre die Identifizirung von querela und exceptio, und die daneben noch besonders erwähnte testatio nicht zu erklären. In ähnlicher Weise wird querela und exceptio abwechselnd gebraucht c. 14. pr. h. t.:

In contractibus, in quibus pecuniae vel aliae res numeratae vel datae esse scribuntur, *n. n. p. exceptionem* objicere possit, qui accepisse pecunias vel alias res scriptus est, ut eo elapso nullo modo *querela n. n. p.* introduci possit.

Ebenso wechselt der Institutionentitel de litt. obl. zwischen beiden Ausdrücken:

Plane si quis debere se scripserit, quod ei numeratum non est, de pecunia minime numerata post multum tempus *exceptionem* opponere non potest. Sic fit, ut hodie, *dum queri non potest,* scriptura obligetur.

Cujacius, offenbar aus Unkenntniß des Sprachgebrauchs, wollte hier quaeri statt queri lesen, gegen die Autorität der besten und meisten Handschriften. — Am lehrreichsten für den Sprachgebrauch ist die c. 14. §. 4. h. t.:

In omni vero tempore quod memoratae exceptioni taxatum est, ei licebit, cui talis *exceptio* competit, (**Bas**: ὁ ἀναργυρίαν αἰτιώμενος i. e. *querens*), vel denunciationibus scripto missis *querelam n. n. p.* manifestare ei, qui numerasse eum scriptus est;

d. h. er kann jene Anführung dem Gegner manifestiren. Daß mit der denunciatio hier die contestatio gemeint ist, ergiebt nicht nur das Wort selbst, sondern auch die Über-

setzung

setzung der Basiliken durch *διαμαρτυρία*. Wäre die querela geradezu gleich contestatio, so wäre in der Stelle gesagt: contestationem manifestandae contestationi esse!

Quodsi in provinciis non sit alius administrator, vel propter aliquam causam difficile sit ei, qui memoratam *querelam opponit*, adire eum: licentiam ei damus per V. rev. Episcopum eandem suam *exceptionem* creditori *manifestare* et tempus statutum interrumpere.

Exceptionem manifestare steht hier abwechselnd statt des vorhergehenden *querelam* manifestare. — Ferner heißt es querelam *opponere* d. h. allegationem objicere; wobei offenbar mehr die Idee einer exceptio n. n. p. vorherrscht, als die einer contestatio. — Auch erklärt sich nach unserer Ansicht die c. 4. h. t.:

Cum fidem cautionis agnoscens etiam solutionem partis debiti vel usurarum feceris, intelligis te de n. n. p. nimium tarde *querelam* deferre.

Man sollte hier eher das Wort *exceptionem* n. n. p. erwarten, und in der That sprechen die Basiliken und Harmenopul von einer *ἀναργυρίας παραγραφή*. Querelam deferre heißt hier wie in c. 9. h. t. nur eine solche Anführung vorbringen, sei es als Einrede oder als Protestation. Daher gebrauchen die Basiliken und die Scholiasten häufig ohne weiteres *μέμψασθαι* und *αἰτιάσασθαι*, wo der lateinische Text exceptio n. n. p. hat, — ebenso umgekehrt statt der querela n. n. p. die *παραγραφή*. So kommt namentlich in der ganzen nov. 100. das Wort exceptio n. n. p. nicht vor, sondern unbestimmt *μέμψεις*, *ἡ ἀναργυρία*, und doch sprechen die Scholiasten der Basiliken, welche an einem andern Orte die Novelle wiedergeben, ebenso

konstant von der exceptio n. n. p, παραγραφή. Endlich erklärt es sich daraus, warum die Basiliken so häufig statt exceptio n. n. p. ἀναργυρία in demselben unbestimmten Sinne setzen, wie querela n. n. p.

Die Kontestation ist nun aber nur Mittel, die Verjährung zu unterbrechen. Unmittelbar wirksam erscheint das Rechtsmittel als exceptio. Im Prozeß kann eigentlich nur von einer exceptio n. n. p. die Rede sein; daher wird auch in der Mehrzahl der Konstitutionen diese Bezeichnung gebraucht.

Wo dagegen der Ausdruck contestatio gebraucht wird, erscheint meistens eine besondere Veranlassung dazu. So in der c. unic. Th. C. si cert. pet, weil hier überhaupt von Kontestationen gehandelt wurde: in der interpretatio zum Cod. Herm. h. t., weil diese Stelle aus jener geschöpft ist. In der c. 6. si cert. pet. scheint deshalb die contestatio genannt zu sein, weil, (wie aus den Worten: si intra tempus statutum rei gestae quaestionem detulisti zu vermuthen,) zur Zeit der Anfrage die Frist der exceptio n. n. p. um war, und es nur darauf ankam, ob durch Kontestation die Frist gewahrt sei. Nur in der c. 14. h. t. gebrauchen die Basiliken und Harmenopul ohne ersichtliche Veranlassung διαμαρτυρία für exceptio [50]).

Es giebt ein Paar Stellen, in welchen ex professo von der Form der Kontestation gehandelt werden soll, nämlich c. 14. §. 4. h. t., nov. 100. c. 1. in der Mitte, und gewissermaßen c. unic. Th. C. si cert. pet. (2. 27.). Hier wird aber der Name contestatio, denunciatio und δια-

50) Bei Thalelaeus (Tom. III. p. 339.) διαμαρτυρία = μέμψασθαι.

μαρτυρία streng beibehalten und selbst die Basiliken variiren hier nicht. Ähnlich behalten in der c. 4. de cond. ex L., wo die contestatio neben der condictio genannt wird, die Basiliken geflissentlich διαμαρτυρία bei. In allen übrigen Stellen wird mehr das Wesen und die Wirkung, als die Form des Rechtsmittels ins Auge gefaßt. Daher das beständige Variiren zwischen exceptio und querela.

Sehr leicht indessen ist der Übergang von dem Ausdruck querela, zu der bestimmten Form der exceptio oder contestatio. Namentlich kann man bei dem queri leicht gerade an ein freiwilliges *queri*, d. h an die Form der Protestation denken. So erklärt sich die c. 8. h. t.:

Si intra legibus definitum tempus, qui cautionem exposuit, nulla querimonia usus defunctus est, residuum tempus ejus heres habebit; sin autem questus est, exceptio n. n. p. heredi — perpetuo competit; sin vero legitimum tempus excessit, in querimoniam creditore minime deducto, omnimodo heres eius, etiamsi pupillus sit, debitum solvere compellitur.

Unter der querimonia (in den Basiliken διαμαρτυρία) ist hier wohl die contestatio zu verstehen; obgleich allenfalls auch hier die unbestimmte Bedeutung der querela beibehalten werden könnte. Denn die exceptio n. n. p. wird perpetua, wenn nur der Schuldner die Beschwerde einmal angebracht hat, sei es in Form der Protestation, oder der exceptio (im Fall der Prozeß dann etwa liegen geblieben ist). Übrigens ist die c. 8. ein Reskript, dessen Veranlassung wir nicht kennen, und bei dem es wahrscheinlich gar nicht darauf ankam, über die Form, sondern nur über Zeitraum und Wirkung des Rechtsmittels etwas zu bestimmen.

Diese Stelle und c. 10. h. t. haben wohl die Haupt-

veranlassung gegeben, die querela geradezu für contestatio zu nehmen. Die letztere Stelle lautet so:

> Asseveratio debitum solutum contendentis temporis diuturnitate non excluditur, nec huic obloquitur quod *exceptio n. n. p.* certa die non delata *querela* prius evanescat.

Die exceptio n. n. p. fällt also weg, wenn der Schuldner diese Anführung nicht in der gesetzlichen Frist vorbringt. Auch hier ist bei der querela schwerlich gerade an die Form der contestatio gedacht, wozu das Wort deferre kaum paßt, da es ein Privatakt ist. Vielmehr ist es auch hier wohl unbestimmt gesagt, wie in der c. 9. h. t. das querelam deferre oder das rei gestae quaestionem deferre in c. 6. si cert. pet. (4. 2.)

Die Verschiedenheit der Ideen neuerer Schriftsteller über die Bedeutung der querela n. n. p. erklärt sich aus dem Sprachgebrauch der Quellen genügend. Unter ihnen erscheint nur bei Lauterbach[51]) eine, der hier entwickelten ähnliche Idee, obgleich sie weder bestimmt ausgesprochen, noch begründet ist. Er behandelt die ganze Lehre von der exceptio n. n. p. unter der Überschrift: *„De querela n. n. p."* und bemerkt: die querela n. n. p. sei die Beschwerde, kein Geld erhalten zu haben; sie komme vor theils als exceptio, replica, protestatio, denunciatio, actio; — jedoch ohne weitere Entwickelung und Angabe von Gründen.

Nur auf dem hier bezeichneten Wege ist es möglich, die Schwierigkeiten eines Sprachgebrauchs zu lösen, in welchem dieselben Ausdrücke querela, exceptio, contestatio

---

51) Lauterbach Coll. Pand. tit. de R. C. §. 56 ff., vgl. Boeckelmann bei Zanger II. S. 1369.

bald als gleichbedeutend abwechseln, bald als verschieden sich entgegengesetzt werden.

Der Hauptgewinn unserer Ansicht ist jedenfalls, daß die Idee einer besonderen actio n. n. p. nun wohl endlich beseitigt sein wird. Um ein Beispiel der Verwirrungen zu geben, welche dadurch entstanden sind, daß man sich die querela n. n. p. als selbstständiges Rechtsmittel dachte, mag hier die Meinung von v. Buchholz über nov. 100. angeführt werden. In dieser Novelle trifft Justinian wichtige Neuerungen in der Frist der exceptio n. n. p. bei Dotalinstrumenten. Da diese Fristbestimmungen für die exceptio sowohl, wie für die contestatio gelten, so gebraucht Justinian den allgemeinen Ausdruck ἀναργυρία oder querela n. n. p. — v. Buchholz nun aber, der sich unter der querela n. n. p. ein selbstständiges, von der exceptio n. n. p. verschiedenes Rechtsmittel denkt, will diese Fristbestimmungen nicht auf die *exceptio n. n. dotis* beziehen, für diese vielmehr die ältere Bestimmung Justinians (c. 3. de dote cauta) beibehalten [52]). Diese Ansicht hat sogar bei Mühlenbruch Billigung gefunden.

Abgesehen von den wunderlichen Inkonvenienzen, welche dadurch entstehen würden, wenn ein und dasselbe Rechtsmittel in der einen Gestalt einen anderen Zeitraum haben sollte, als in der andern: so widerspricht diese Buchholzsche Ansicht nicht nur dem Sprachgebrauch der querela n. n. p., sondern auch dem Zusammenhang der Novelle selbst. Die Worte derselben sind folgende:

*Querelas non numeratae pecuniae* (τὰς ἀναργυ-

52) v. Buchholz Jurist. Abhdlgen. Königsberg 1830. S. 269—78. Mühlenbruch Pand. §. 537. (not. e.)

ρίας), quae in certis casibus *opponuntur* (ἀντιτιϑεμένας), leges nostrae indiscussas non reliquerunt. — Quapropter in quibusdam casibus *querelas n. n. p.* (μέμψεις) bene contraximus. — Atque id ipsum jam in dote facimus. Quoniam enim toto tempore matrimonii, quamdiu nuptiae constabant, viris de non numerata dote *queri* (μέμφεσϑαι) concessum est, majusque additamentum factum, ut etiam post mortem virorum intra annum moveretur querela (μέμψις): ideo existimavimus brevi et compendiosa lege velocem facere p. n. n. super dote querelam (τὴν ἐπὶ τῇ τῆς προικὸς ἀναργυρίᾳ μέμψιν). c. 1. Si ergo annis duobus solummodo aliquis habeat uxorem, intra annum alium querela moveatur (τὰ τῆς μέμψεως κινείσϑω). Si vero majus biennio tempus, minus autem decennio matrimonium protendatur, damus marito queri et dicere, non illatam sibi dotem (μέμφεσϑαι καὶ λέγειν οὐκ εἰςκεκομίσϑαι αὐτῷ τὴν προῖκα): et si hoc fecerit, transmittere querelam (μέμψιν), semel marito querente (μεμψαμένου), et muliere, quod dedit, non probante. Si autem neque intra decennium queratur, taciturnitate mariti auferimus querelam (μέμψιν) Ubi enim licet in prolixo sic tempore proponere querelam (μέμψιν): si tacere elegerit, palam est voluisse vel si non accepit dotem, omnino eum aut suos reddere heredes: — tempore in omni casu tali — dante vel perimente querelam (μέμψιν). Contestationem (διαμαρτυρίαν) vero dicimus non in sermonibus solum: sed oportet contestationem (ἐκμαρτυρίαν) in litteris esse. (Ju-

**lianus: Querimoniam autem fieri oportet non nuda denunciatione, sed in scriptis.)**

In der ganzen Novelle, und namentlich bis hieher, kommt also das Wort exceptio n. n. p. nicht vor. Ebenso in den Basiliken [53]). Daß jedoch die Scholien, an einer Stelle, wo sie die nov. 100. wiederholen, von einer exceptio n. n. p. (παραγραφή) sprechen, ist schon oben bemerkt: auch Harmenopul gebraucht abwechselnd dieses Wort. Aber schon der Zusammenhang der Stelle selbst führt eben darauf. In der Einleitung spricht der Kaiser allgemein von seiner früheren Gesetzgebung über die ἀναργυρία, namentlich davon, daß er früher die *querela n. n. p.*, μέμψις, abgekürzt habe; während in der c. 14. h. t., auf welche hier Bezug genommen wird, die Rede von Abkürzung der *exceptio n. n. p.* ist. Überall ist hier offenbar von dem Wesen und der Wirkung des Rechtsmittels, nicht gerade von einer bestimmten Form (ob exceptio oder contestatio) die Rede. Daher das allgemeine μέμψασθαι, ἀναργυρία. Plötzlich mitten im ersten Kapitel wird fortgefahren: *Contestationem* vero dicimus non in sermonibus solum, sed oportet contestationem in litteris esse. Es zeigt sich also, daß der Kaiser unmittelbar vorher bei der *querela n. n. p.* an die Form der Protestation gedacht haben muß; — und der Grund davon liegt nicht sehr fern. Gleich im Beginn des cap. I., in welchem der Kaiser mit seinen neuen Bestimmungen hervortreten will, macht er darauf aufmerksam, es sei billig, das Rechtsmittel zu beschrän-

53) Bas. IV. S. 682. 683. 678. 679. coll. III. S. 112. 113. Harmenopulus II. 2. §. 8. (bei Meermann VI. S. 112. 113.) Scholien des Thalelaus Fabr. III. S. 364., des Theodorus bei Heimbach Zeitschr. für Civilr. u. Proz. Bd. 17. S. 77.

ken, da der Ehemann sich selbst anklagen müsse, wenn er geschwiegen habe, obwohl er die querela schon früher hätte gebrauchen können. Diese Schweigsamkeit des Ehemannes spielt von nun an die Hauptrolle als ratio legis. Indem nun aber diese ratio legis überall die neue Gesetzgebung begleitet, so machte es sich unwillkührlich, an den Ehemann zu denken, der freiwillig, ehe Klage gegen ihn erhoben ist, die querela n. n. p. jederzeit hätte anbringen können, nämlich als Protestation; daher bei der querela hier wirklich an die Form der contestatio zu denken ist. Noch ein anderer Grund ließe sich angeben. Die Hauptneuerung Justinians besteht darin, daß die querela nunmehr nicht so wie früher, stets noch eine Zeit lang nach aufgelöster Ehe angebracht werden soll, sondern nach Ablauf von 10 Jahren ganz wegfällt, wenn auch die Ehe noch dauert. Während der Dauer der Ehe muß aber die querela gerade in der Form der contestatio vorkommen; denn der Mann kann während der Ehe regelmäßig nicht auf Rückgabe der dos belangt werden, also keine Gelegenheit erhalten, eine *exceptio n. n. p.* zu opponiren.

Im Verlauf der Novelle verliert der Kaiser nun aber die ratio taciturnitatis mariti wieder aus den Augen, und deshalb auch die Form der Kontestation. Den Übergang macht schon im cap. 2. die Wendung *ἐκίνει κατὰ τῆς μητρὸς τὸν τῆς ἀναργυρίας λόγον ἀντιτιθείς*, die mehr auf die Form der exceptio als auf die der contestatio paßt. Noch mehr gilt dies von den folgenden Worten *τὴν τῆς ἀναργυρίας ἀντιτιθέναι*; — und wenn der Kaiser nun bis an's Ende der Novelle einfach von der *ἀναργυρία* oder *μέμψις* spricht, so hat er dabei offenbar wieder das Rechtsmittel im Allgemeinen, nicht aber eine bestimmte Form im Auge.

Diese Interpretation der nov. 100. kann zugleich als Probe dienen für die Brauchbarkeit unserer Ansicht über die Bedeutung der querela n. n. p. [54]).

## §. 9.

## Wirkung des Schuldscheins nach Ablauf der Frist der querela n. n. p.

Nach Ablauf der gesetzlichen Frist tritt mit dem Wegfallen der *querela n. n. p.* die eigenthümliche Wirkung ein, daß der Schuldschein unwiderleglichen Beweis macht, und der Schuldner mit seiner Anführung, Valuta nicht empfangen zu haben, gar nicht mehr, d. h. auch dann nicht gehört wird, wenn er sich zum Beweis der Nichtzahlung erbietet.

Zwar ist diese Ansicht noch immer bestritten. Sie beruht indessen auf einer Reihe von Beweisstellen, die sich in ihrem Zusammenhange nicht wohl wegdemonstriren lassen. Diese Beweisstellen, von denen einige bisher noch nicht benutzt worden, sind folgende:

Die älteste, c. 8. h. t. (von Alexander):

Sin vero legitimum tempus excessit, in querimoniam creditore minime deducto, *omnimodo* heres ejus (qui querela n. n. p. uti potuisset), *etiamsi pupillus sit,* debitum *solvere* compellitur.

---

54) Sie ist zuerst entwickelt in Gneist: De recentiori litt. obl. observationes quaedam exegeticae. Diss. Berol. 1838, wo der §. 8. und ein Theil des §. 4. und 5. dieser Abhandlung erörtert sind. vgl. Osenbrüggen zur Interpretation des Corp. Jur. Civ. Kiel 1842. S. 19—32. Heimbach in Zeitschr. für Civilr. u. Proz. Bd. 16. S. 71—79.

Zu den Worten *omnimodo*, etiamsi pupillus sit, solvere compellitur, die Klausel hinzuzudenken: er müßte denn die Nichtzahlung beweisen, hieße offenbar der Stelle Gewalt anthun.

Ferner die Interpretatio zum tit. Th. C. si cert. pet. (2. 27.):

Nam si transacto quinquennio, si de cauta et non consignata pecunia dixerit, *nullatenus audiatur:*

— er wird also auch dann nicht gehört werden, wenn er den Beweis der Nichtzahlung übernimmt.

c. 4. de condict. ex L. (4. 9.) sagt Diokletian:

Si non est numeratum, quod velut accepturum te sumsisse mutuo scripsisti, et *necdum transiisse tempus* statutum, vel intra hunc diem habitam contestationem monstrando, reddi tibi cautionem praesidiali notione postulare potes.

Also nur innerhalb der Frist kann der Schuldschein zurückgefordert werden. Unmöglich kann hier ergänzt werden: doch kannst du auch noch später den Schein zurückfordern, wenn du nur den Beweis der Nichtzahlung führen willst.

Eben so entschieden lautet die Fassung der justinianischen Konstitutionen, namentlich der c. 14. §. 2. h. t., welche in dem ganz gleichartigen Fall der querela n. n. p. gegen Quittungen bestimmt:

— exceptionem n. n. p. intra XXX dies posse objici: ut si hi transacti fuerint, eadem securitas a judicantibus *omnibus modis admittatur:* nec ei liceat qui securitatem exposuit post excessum memoratorum dierum non esse sibi solutas pecunias vel alias res *dicere.*

Der Schuldner darf also gar nicht mehr anführen und behaupten (dicere), er habe kein Geld erhalten.

Ferner wird im Fall der querela n. n. p. gegen Dotalinstrumente von Justinian in der nov. 100. sogar die Präsumtion der Schenkung geltend gemacht:

Ubi enim in prolixo sic tempore licet proponere querelam: si tacere elegerit, palam est *voluisse, vel si non accepit dotem, omnino eum*, aut suos *reddere* heredes: his valentibus etsi repudio solvi contingat matrimonium.

Wäre es nach Ablauf der Frist noch zulässig, den Beweis der nicht erhaltenen dos zu führen, — so wäre die ganze, von der Absicht zu schenken hergenommene, Argumentation ohne Sinn. Freilich sind solche Schenkungen während der Ehe unzulässig. Aber darauf kommt es bei dieser bloßen ratio legis nicht an. Sei gleich die ratio nicht passend gewählt, der Wille des Gesetzgebers kann nicht zweifelhaft sein. Die ganze Argumentation wäre aber sinnlos, wenn der Gesetzgeber mit der Wendung: es sei anzunehmen, der Mann habe schenken und durchaus sich oder seine Erben zur Zahlung auch der nicht empfangenen dos verpflichten wollen, — nichts weiter gemeint hätte, als ihn treffe jetzt die Beweislast des Nichtempfangs! Freilich ist von dieser praesumta donatio nur in dem Fall die Rede, wo die querela n. n. p. nach zehnjähriger Dauer der Ehe gar nicht mehr stattfinden soll, und wirklich ist Glück der Ansicht, daß nur in diesem Falle jene eigenthümliche Wirkung eintrete. Allein der Charakter der Einrede ist ja ganz derselbe auch in den Fällen, in welchen andere Fristen bestimmt sind. Ja, um jedem Zweifel vorzubeugen, wird noch generell hinzugefügt:

In nullo discernentibus nobis, sive mulier tanquam dotem offerens conscribat, sive pater, sive alter quispiam pro ea: *tempore in omni casu tali, sicuti praediximus, extendente suos effectus et dante vel perimente querelam.*

Übrigens würde jene präsumirte Schenkung auch gar nicht ohne Sinn sein. Es wird vorausgesetzt, daß der Mann, auf Rückgabe der dos belangt, sich mit der exceptio n. n. p. schützen wolle. Es wird also Tod oder Scheidung vorausgesetzt, und in beiden Fällen konvalescirt ja die Schenkung. Der griechische Text sagt auch einfach nur: πρόδηλός ἐστι βουλόμενος κἂν εἰ μὴ λάβοι τὴν προῖκα, ταύτην πάντως τοὺς αὐτοῦ κληρονόμους διδόναι· und nur die vulgata übersetzt: *eum aut heredes* suos reddere, und dann wird weiter hinzugefügt: his valentibus *etsi repudio solvi contingat matrimonium.*

Warum der Kaiser überhaupt gerade in diesem Fall eine ratio legis hinzufügte, liegt nahe. In seiner früheren Konstitution (c. 3. de dote cauta) hatte er die exceptio n. n. p. allgemein noch binnen einem Jahre nach aufgelöster Ehe zugelassen. Jetzt, in der Novelle 100, schneidet er sie ganz ab, wenn die Ehe schon 10 Jahre gedauert hat. Hier hielt er für nöthig, für solche scheinbar exorbitante Neuerung einen Entschuldigungsgrund anzugeben, und gerade hier fügt er daher hinzu:

neque ei post decennium hoc agere sinemus, *neque annum dantes ulterius heredibus ejus;* sitque in hoc non nostra in aliquos poena, sed libertatis subjectorum diligentia. Ubi enim licet in prolixo sic tempore (decennii dicimus) proponere que-

relam: **palam est** ***omnino*** **(πάντως) heredes suos dotem reddere voluisse.**

Nichts Anderes als die gänzliche Unstatthaftigkeit der Behauptung des Nichtempfangs, kann ferner die bald darauf in der nov. 100. gebrauchte Wendung bezeichnen:

tempus mulieri *ad omnia* (προςάπαξ d. h. ein für alle Mal) sufficere.

Übereinstimmend damit lehrt Julian in der epitome nov. c. 93. §. 350.:

Decennio autem elapso, *modis omnibus*, si nulla querimonia usus est, *videatur dotem accepisse;*

in welcher Wendung eine praesumtio juris et de jure über Empfang der Valuta deutlich genug ausgedrückt erscheint.

Ferner hat man nicht mit Unrecht gewöhnlich den Institutionentitel de litt. obl. als Beweis für unsere Ansicht geltend gemacht, nach welchem durch Wegfallen der querela n. n. p. nur eine obligatio litteris entstehen soll.

Olim scriptura fiebat obligatio, quae nominibus fieri dicebatur, quae nomina hodie non sunt in usu. Plane (indessen) si quis debere se scripserit, quod ei numeratum non est, de pecunia minime numerata post multum temporis exceptionem opponere non potest. „Sic fit, ut hodie, *dum queri non potest, scriptura obligetur: et ex ea nascatur condictio*, cessante scilicet verborum obligatione."

Mag diese Zusammenstellung mit der veralteten litterarum obligatio schief genug sein: so viel ist wenigstens für Unbefangene klar, daß mehr damit gemeint sein muß, als der Schuldner müsse nun den Beweis des Nichtempfanges führen. Denn sonst wäre jede Beweisurkunde eine litterarum

obligatio gegen den Aussteller. Überall würde man dann von einer obligatio und einer „condictio ex scriptura" bei Urkunden sprechen können.

Dazu tritt das Zeugniß des **Theophilus**, welcher ausführt, daß der Schuldner in diesem Falle weder re, noch verbis verhaftet sei, da weder eine Stipulation interponirt, noch eine Zahlung geleistet worden sei; — daß er mithin nur litteris obligirt sein könne.

Die Scholiasten der Basiliken sprechen ebenfalls nicht bloß davon, daß der Schuldner ex litteris oder ex lege verpflichtet werde (z. B. Tom. III. p. 348 supr., 353[1], 362[p], 356 med.), sondern erklären auch noch deutlicher, daß der Schuldner durchaus keine Einwendungen (*δικαιολογίαν οὐδεμίαν*) mehr habe, und zum Beweis, selbst durch Eid, nicht mehr zugelassen werde. (**Stephanus** l. c. S. 289.)

Faßt man dies Alles zusammen:

***Omnimodo,*** etiamsi pupillus sit, ***solvere*** compellitur; ***nullatenus audiatur;*** cautio condici non potest nisi ***intra tempus*** statutum; cautio ***omnibus modis admittatur***, nec possit ***dicere*** non esse sibi numeratas pecunias; palam est, ***vel si non acceperit, voluisse reddere;*** tempus jam προςάπαξ sufficit; ***omnibus modis videatur dotem accepisse;*** litteris obligatur, *πᾶσα βοήθεια καὶ δικαιολογία ὅσον εἰς ἀναργυρίαν ἀποκέκλεισται·* —

— so muß für Unbefangene wohl jeder Zweifel an der Richtigkeit unserer Ansicht schwinden.

Das Gegentheil wird in keiner Stelle gesagt, noch ergiebt sich sonst irgend eine Spur von Zweifel oder Meinungsverschiedenheit. Nur der Scholiast **Theodorus** zu c. 10. h. t. hält in einer übrigens verworrenen Stelle ei-

nen Gegenbeweis für zulässig (Tom. III. p. 355. vgl. 346.). Dagegen bemerkt indessen sogleich ein anderer Scholiast:

**Bone Theodore, nullo modo percepisti legem!**

und ein dritter fügt hinzu:

φημὶ γὰρ ὅτι μετὰ τὴν διετίαν πᾶσα βοήθεια καὶ δικαιολογία ὅσον εἰς ἀναργυρίαν ἀποκέκλεισται τῷ χρεώστῃ.

Dabei ist jedoch festzuhalten, daß diese eigenthümliche Wirkung nur eintritt als Folge des Ablaufs der Frist der exceptio n. n. p. Wo die exceptio n. n. p. von Anfang an cessirt, wie bei den cautiones depositi, und nach c. 13. h. t. überhaupt bei denjenigen, welche das Bekenntniß einer Schuld „ex antecedente causa" enthalten, wird man vergeblich nach einer Beweisstelle dafür suchen. Ja die c. 13. h. t. und. fr. 25. de prob. lehren ausdrücklich, daß in solchem Falle ein Gegenbeweis (freilich nur durch Urkunden) zulässig sei[1]). Wenn aber nur der Zeitablauf den Gegenbeweis ausschließt, so folgt auch, daß derselbe ferner zulässig ist, wo die querela n. n. p. nur wegen Verzichts oder wegen Anerkennung des Schuldscheins wegfällt.

Überall also, wo die querela n. n. p. stattfindet, bei Darlehnsschuldscheinen, Quittungen und Dotalinstrumenten tritt diese eigenthümliche Wirkung hervor: überall, wo die querela n. n. p. nicht stattfindet, ist davon nicht die Rede. Man kann also mit Recht annehmen, daß diese eigenthümliche Wirkung gerade ein integrirender Theil des Instituts der querela n. n. p. und eben so positiv als das ganze Institut und wahrscheinlich mit diesem zugleich eingeführt ist.

Wenn nun aber die Gesetze sich so ausdrücken: non

---

1) Hier irrt Mühlenbruch §. 376. und not. 15.

amplius dicere pec. non esse numeratam, omnimodo accepisse videri, nullam δικαιολογίαν habere quoad pecuniam num. — so ergiebt sich von selbst, daß nur die aus der Nichtzahlung der Valuta hergenommenen Einreden wegfallen. Selbst solche Wendungen, wie nullatenus audiatur u. s. w. sind nach dem Zusammenhange doch nicht auf solche Einwendungen zu beziehen, welche mit der Frage nach Zahlung der Valuta in keinem Zusammenhange stehen. Zunächst steht es dem Schuldner natürlich frei, seine Handschrift unter der Urkunde abzuleugnen. Er kann aber auch den Einwand des Betrugs, des Zwanges, der Simulation machen. Darüber sind ziemlich Alle einverstanden[2]). Mit Unrecht wirft Azo einen Zweifel auf wegen der Simulation. Denn der Einwand, es sei ein Darlehnsgeschäft nur absichtlich vorgegeben, ein anderes aber wirklich beabsichtigt worden, ist weit verschieden von der einfachen Behauptung, man habe kein Geld empfangen. Wer durch Simulation, Betrug, Zwang zur Ausstellung des Schuldscheins verleitet, oder von rechtzeitiger Anbringung der Protestation abgehalten sein will, muß freilich unter anderm auch die Nichtzahlung der Valuta beweisen, aber nicht darin, sondern im Betrug, Zwang liegt der wahrhafte juristische Grund der Einrede.

Endlich ist natürlich, beim Vorhandensein einer justa causa, eine in integrum restitutio gegen den Schuldschein statthaft[3]), deren jedoch der minor nicht einmal be-

---

2) Z. B. Donellus S. 592. 237. Zanger p. 592. 593. 564. ff. Vinnius S. 737. Tachinaeus Lib. II. contr. 81. Vinnius Quaest. I. 41. Wernher Obs. Tom. I. obs. 355 und suppl. obs. 6. Pfeiffer S. 184. Glück a. a. O. S. 167. Cocceji qu. 29. a. E. — 3) c. 14. pr. h. t.

darf, da ihm nach Justinians Vorschrift die Frist der exceptio n. n. p. während der Minderjährigkeit nicht läuft[4]).

## §. 10.

## Verschiedene Ansichten der Neueren.

Die Meinungen der Rechtslehrer über die Wirkung des Schuldscheins nach Ablauf der Frist der querela n. n. p. sind noch bis heute getheilt. Der bedeutendste Vertheidiger der hier angenommenen Ansicht ist Donellus. Die übrigen wichtigsten Vertreter sind unten[1]) angeführt, haben indessen keinen wesentlich neuen Beweisgrund beigebracht. Selbst die Beweisführung Donell's ist mangelhaft und zum Theil irrig. Zunächst ist es verwerflich, wenn Donell zur Unterstützung seiner Ansicht die unrichtige Idee

4) c. 5. in *qu. caus. in int. rest.* (2. 41.). — 1) Donellus a. a. O. 238. 247. 248. 252—62. 297. 298. und Jur. Civ. Lib. 14. c. 38. Azo in summa Cod. h. t. Duarenus h. t c. 4. Opp. p. 292. Brunnemann S. 443. Boehmer Introd. ad jus. Digest. tit. de R. C. 311. Vinnius Quaest. Tom. I. p. 56. 80—83. und im Institutionen-Kommentar h. t. p. 736. 737. Walch 583—87. Höpfner §. 854. 858. Hellfeld Iurispr. for. §. 788. Malblank Princ. jur. Rom. tit. de R. C. Tom. II. 296. Schulting 164. Hommel Rhaps. Quaest. I. obs. 25. Cocceji qu. 29. I. H. Boehmer Exerc. ad. Pand. Tom. III. exerc. 44. L. Menken 359. 360. 432. ff. Fr. Overbeckil Med. V. 5. n. 272. Zunger 591. ff. Pfeiffer Verm. Abh. 156—76. 180. 184. Reinhardt 48—51. 56. Dabelow Civilrecht §. 2474. Tom. II. S. 616. Glück 139—42. 165—67. (vgl. jedoch Th. 25. S. 246.) Marezoll S. 273. 74. Endemann S. 19. 20. Cropp S. 380—85. Hugo Civ. Mag. I. 448. Schweppe §. 455. 688. Viele erkennen jedoch eine entgegenstehende Praxis an (z. B. Hommel, Höpfner, Leyser, Cocceji, Glück); — Andre leugnen selbst diese, z. B. Vinnius, Pfeiffer.

geltend macht, daß eine Negative unmöglich zu beweisen sei. Ferner beruft er sich auf c. 14. §. 3. h. t.:

> Illo videlicet semper observando, ut in quibus non permittitur exceptionem n. n. p. opponere, *vel ab initio, vel post taxatum tempus elapsum*, in his nec jusjurandum offerre liceat.

Die Eidesdelation, bemerkt Donell, ist das sicherste, unbedenklichste Beweismittel, durch welches der Gegner zum Zeugen und Richter in seiner eigenen Sache gemacht ist. — Wird selbst diese nicht gestattet, so sind um so weniger also andere Beweismittel der Nichtzahlung zulässig. Allein diese Argumentation, obwohl selbst von Pfeiffer nicht gemißbilligt, beweist gar nichts. Die Unzulässigkeit der Eidesdelation folgt aus dem mehrfach erwähnten Satz des römischen Rechts, daß gegen einen Urkundenbeweis ein Gegenbeweis nur durch Urkunden, also nicht durch Eidesdelation gestattet ist. Ja die donellische Argumentation beweist offenbar zu viel. Denn es würde daraus folgen, daß die Urkunde auch in dem Fall keinen Gegenbeweis zuließe, wenn von Anfang an keine exceptio n. n. p. dagegen stattfand. Überflüssig ist jene Vorschrift allerdings. Wo die Urkunde von Anfang an sich nicht zu einer exceptio n. n. p. eignet, fällt die Eidesdelation weg, weil Urkunden überhaupt nur Gegenbeweis durch Urkunden zulassen; wo dagegen die Urkunde eine exceptio n. n. p. zuläßt und deren Frist abgelaufen ist, folgt die Unstatthaftigkeit der Eideszuschiebung aus dem Grundsatz, daß überhaupt kein Gegenbeweis zulässig. Mit Unrecht folgern dagegen Meurer und Unterholzner, daß die Kraft der Urkunde in beiden Fällen dieselbe sei. Aus der Gleichheit der Wirkung der Urkunden in einem Punkte (Ausschließung der Ei-

desdelation) folgt noch nicht nothwendig Gleichheit der übrigen Wirkungen. Daß Justinian überhaupt hier nichts Neues sagen wollte, ergiebt die Wendung: „illo videlicet semper observando". Vielmehr ist das Ganze wohl nur eine sich von selbst verstehende Wiederholung, veranlaßt durch die „licentia litigatorum", über welche Justinian im Anfang der Konstitution klagt.

Wenn nun aber auch die Beweisgründe für unsere Ansicht früher nicht vollständig zusammengestellt und mit irrigen Argumenten vermengt waren: so würde deshalb doch die Zahl der Gegner nicht in dem Maaße gewachsen sein, wenn nicht zwei besondere Umstände hinzugetreten wären:

a) ein gewisses Billigkeitsgefühl, ja gewissermaßen das praktische Bedürfniß, widerspricht in unseren Verhältnissen jenem römischen Satze. In solchen Fällen sind nun aber unsere deutschen Juristen um Gegengründe gegen klare Beweisstellen nie verlegen gewesen.

b) erscheint jener Satz ganz willkührlich und anomal, weil es bisher an einer geschichtlichen Entwicklung des ganzen Instituts fehlte. Sollte es uns in der dritten Abhandlung gelingen, quellenmäßig nachzuweisen, wie jener Satz sich naturgemäß und konsequent gebildet hat, so werden vielleicht dadurch allein viele der Gegner zu versöhnen sein.

Diese Umstände machen die Weise der Polemik unserer Gegner erklärlich und entschuldbar. Diese läuft in der Regel darauf hinaus, daß man innere Gründe geltend macht, die vortrefflich sein würden, wäre das Gegentheil nicht ausdrücklich bezeugt; — oder daß man sich nur mit der einen oder anderen unserer Beweisstellen zu schaffen macht, in welchen dann die gebrauchten Ausdrücke „nicht so streng", oder „uneigentlich" zu verstehen sein sollen.

Schon seit den Zeiten der Glossatoren wurden in der Regel von diesen sehr zahlreichen Gegnern[2]) vier Gründe geltend gemacht, denen man von der anderen Seite dann regelmäßig dieselben Gegenargumente entgegensetzte. Bis zu Meurer drehte sich der ganze Streit[3]) um diese vier Gründe:

1. berief man sich auf die Regel: Illicitas exactiones non esse concedendas. arg. fr. 6. de off. praes. Der Gläubiger aber, welcher eine non numerata pecunia zurückfordere, mache offenbar eine unerlaubte Anforderung. Natürlich wurde darauf erwidert, daß wenn die Gesetze in diesem Falle die Rückforderung doch erlauben, die exactio keine illicita mehr sein könne, das ganze Argument überhaupt auf einer petitio principii beruhe.

2. Wer ein nicht gezahltes Darlehn zurückfordere, sei in dolo. Die doli exceptio sei aber perpetua. Da

---

2) Die Glosse zu c. 3. c. 10. c. 14. §. 3. h. t. und zu dem Inst. Tit. de litt. obl. (Bartolus und Accursius). Cujacius rec. sol. h. t. S. 327. 329. Carpzov defin. jur. for. Const. 32. def. 66. S. 294. Hofacker §. 2048. Tom. III. S. 292. Lauterbach a. a. O. S. 765. Pufendorf Observ. jur. univ. P. I. obs. 6. 54. §. 3. obs. 55. 64. Pars I. S. 6. 7. 134. 167. 356. (nur bei der dos ist Pufendorf A. M. P. IV. obs. 82.) — Struv. Syntagma Tom. I. p. 1036. Voet tit. de R. C. §. 33. ff. tit. de dote n. n. §. 17. Leyser Med. ad Pand. spec. 132. cor. 3. Fr. Becmanni S. 445. Schilter princ. Jur. Rom. exerc. 22. §§. 31. 32. — Meurer S. 66—99. 104—7. Köchy Meditat. Bd. 1. S. 151. ff. Maier S. 34—36. 39. 40. 67—83. Unterholzner S. 49—59. Kraut S. 102—5. v. Bothmer a. a. O. S. 169. ff. Thibaut Pand. §. 1180. (der jedoch vom Schuldner den Beweis eines dolus auf Seiten des Gläubigers verlangt.) —
3) Z. B. Donell 247. 256. ff. Vinnius a. a. O. 737. und Quaest. I. 41. Walch 585. Leyser Med. spec. 132. cor. 3. Lauterbach §. 81.

auch dies Argument auf einer petitio principii beruht, so berufen Einige sich speziell auf die c. 3. h. t.:

**Si ex cautione tua conveniri coeperis, exceptione opposita seu doli seu n. n. p. compellitur petitor probare, pecuniam tibi esse numeratam.**

Außer der exceptio n. n. p. werde also noch eine doli exceptio gegeben. Diese sei perpetua; wenn also die exceptio n. n. p. wegfalle, so bleibe wenigstens die doli exceptio übrig, welche dann freilich vom Schuldner zu beweisen sei, und welche man deshalb eine exceptio n. n. p. non privilegiata nennen könne. Dagegen erinnern Donell und Andere: die hier erwähnte doli exceptio sei die sogenannte exceptio doli generalis, die genau dieselbe Anwendung habe, ja eigentlich nur ein anderer Ausdruck sei für die exceptio n. n. p. Jener Grundsatz, daß alle Einreden perpetuae seien, passe nicht auf diejenigen, deren man sich auch in Form einer Klage bedienen könne (z. B. die exc. inofficiosi testamenti. Vinnius Quaest. I. 41.).

Auch hier wird wieder Unrichtiges eingemischt. Jedenfalls wird in unserer Stelle gesagt, daß sowohl durch die doli exceptio, als durch die exceptio n. n. p. der Gläubiger (binnen der gesetzlichen Frist) zum Beweis der Zahlung genöthigt werde. — Was berechtigt denn aber zu dem Schluß, daß nach Ablauf der Frist nur die doli exceptio und zwar mit umgekehrter Beweislast übrig bleibe? Was kann diese Argumentation überhaupt beweisen gegen klare Gesetze, welche nach Ablauf der Frist jede weitere Vertheidigung des Schuldners abschneiden?

3. Wer Nichtzahlung des Geldes behaupte, könne den Schuldschein condiciren. Die condictiones seien actiones

perpetuae. Umsomehr müsse es zulässig sein, jene Behauptung als exceptio perpetua geltend zu machen.

Auch dies Argument ist erschlichen. Die condictiones sind allerdings perpetuae. Wenn aber nach Ablauf der Frist es unstatthaft ist, Nichtzahlung des Darlehns zu behaupten, so fällt aus diesem Grunde auch die Kondiktion weg, nicht weil sie verjährt ist, sondern weil ihre causa wegfällt. Noch schlimmer aber ist, daß dies Argument gegen klares Recht verstößt, da die c. 14. h. t. die condictio geradezu an die Frist der exceptio n. n. p. bindet.

4. Endlich noch folgende Argumentation: der Ablauf der gesetzlichen Frist der exceptio n. n. p. könne dem Schuldner nicht mehr nehmen, als ihm die exceptio n. n. p. während der Frist gegeben habe, nämlich Befreiung vom Beweis der Nichtzahlung. Donell, Vinnius u. A. erwiderten darauf: die exceptio n. n. p. gebe die Befugniß, sowohl die empfangene Zahlung zu bestreiten, als auch Freiheit von der Beweislast. Der Ablauf der Frist nehme also beides. Beide Arten der Argumentation sind aber, wo es sich um ein positives Institut und klare Gesetze handelt, unstatthaft.

Alle diese Gründe sind also theils erschlichen, theils so zweideutiger Natur, daß sie neuerdings ziemlich in Vergessenheit gekommen sind.

Eine neue Gestalt hat die Kontroverse erst seit Meurer gewonnen. Er selbst verwirft die früher geltend gemachten Gründe als unhaltbar, namentlich den Unterschied der exceptio n. n. p. privilegiata und non privilegiata. Die exceptio n. n. p. sei an sich keine wahre Einrede, sondern negative Litiskontestation. Nach Ablauf der Frist könne man also nur sprechen von einer ferneren Befug-

niß des Schuldners, die Zahlung in Abrede zu stellen. Dabei geht nun aber Meurer von der vorgefaßten Ansicht aus, daß die Nichtzulassung dieses Beweises ein baarer Unsinn, und deshalb auch wohl eine Mißhandlung der Quellenstellen erlaubt sei, um jenes Resultat wegzudemonstriren. Seine Abhandlung über die exceptio n. n. p. und seine „Leichenrede" auf den justinianischen Litteralkontrakt ist gerade mit so viel Witz, Keckheit und guter Laune geschrieben, wie nöthig, um sich auf einem so mißlichen Boden zu bewegen. Pfeiffer hat das Verdienst, diese Argumente Schritt für Schritt gründlich widerlegt zu haben. Ich hebe daher nur Hauptpunkte hervor:

So gesteht Meurer zu, daß in der c. 14. h. t. die condictio des Schuldscheins nur innerhalb zweier Jahre zugelassen werde. Man müsse indessen den Vorbehalt suppliren: „wenn nicht die Falschheit der Urkunde dargethan wird", d. h. die Nichtzahlung der Valuta. Geschehe dies, so sei die condictio auch nach Ablauf der Frist zulässig. Die c. 8. h. t., den Institutionen-Titel de litt. obl. und die nov. 100. beseitigt er dadurch, daß er annimmt, die Wendungen: omnimodo debitor solvere compellitur; obligatio et condictio ex scriptura nascitur; praesumendum esse, omnino vel si non accepit, reddere voluisse — seien nicht so ernstlich gemeint, und man müsse der sancta simplicitas des Kaisers und seines Tribonian etwas zu gute halten. Endlich verschmäht auch er nicht eine argumentatio e contrario aus der c. 14. §. 3. h. t. Wenn hier die Eidesdelation als Beweismittel ausdrücklich untersagt werde, so folge, daß doch überhaupt auch nach Ablauf der Frist noch ein Gegenbeweis zulässig sein müsse: denn sonst wäre die Verordnung überflüssig. Dabei bedenkt

er freilich nicht, daß bei seiner Annahme die Verordnung ebenso überflüssig ist. Denn wenn auch ein Gegenbeweis zulässig, so ist er es nach der allgemeinen Regel fr. 25. §. 4. de prob. c. 13. h. t. nur durch Urkunden. Also auch dann versteht sich die Ausschließung der Eidesdelation von selbst.

Maier behandelt dieselbe Frage noch einmal mehr umständlich, als gründlich. Wirklich neue Gründe zur Unterstützung der Ansicht Meurers hat nur Unterholzner geltend gemacht, und zwar folgende:

1. wo die exceptio n. n. p. von Anfang an nicht zulässig, habe die Urkunde einfache Beweiskraft. Was aber gelte, wo sie gar nicht zulässig, müsse auch eintreten, wo sie nicht mehr zulässig sei. Daß dies denkbar, wird Niemand leugnen: leider aber sagen unsere Quellen das Gegentheil.

2. Wenn in den Institutionen und bei Theophilus dem Schuldschein nach Ablauf der Frist die Wirkung einer litterarum obligatio beigelegt werde, so müsse man bemerken, „daß hier eine wissenschaftliche Ansicht aufgestellt werde, welche nicht eben so genau richtig zu sein brauche". — Allein dabei tritt der Übelstand ein, daß, wenn Justinian nichts weiter sagen wollte, als daß der Schuldschein jetzt Beweis mache, wie jede Urkunde: es nicht ungenau, sondern eine Absurdität gewesen wäre, gerade diesen Fall mit einer litterarum obligatio zu vergleichen.

3. Selbst die Strenge der Stipulation lasse immer noch eine doli exceptio zu. Wer aber ein nicht gezahltes Darlehn einklage, sei offenbar in dolo. Stärker als die Wirkung einer Stipulation könne nun aber die eines Schuldscheins doch unmöglich sein? Es genügte dagegen,

daß die Ansicht **Unterholzners** wohl denkbar, ja naturgemäßer, — das Gegentheil aber leider positiv ausgesprochen ist. Überdies fällt unbestritten die Zulässigkeit des Gegenbeweises auch bei Schuldscheinen mit der Stipulationsklausel weg. Man kann also nicht sagen, daß der Stipulation geringere Wirkungen beigelegt seien.

4. benutzt **Unterholzner** die Verlegenheit, welche dann entsteht, wenn der Gläubiger nach Ablauf der Frist selbst zugesteht, die Darlehnssumme nicht gezahlt zu haben. Soll auch dann der Schuldner verurtheilt werden? „Solche Unschicklichkeiten," meint **Unterholzner**, „sind ganz gegen die Natur des römischen Rechts." Allein auch hiemit läßt sich die Existenz unseres Satzes keineswegs beseitigen. In einem ähnlichen Falle c. 14. de contr. stip. soll, wenn in einer Stipulationsurkunde beide Theile als gegenwärtig erwähnt werden, eine Präsumtion entstehen, daß beide persönlich und gehörig den Akt der Stipulation vorgenommen haben, sobald beide nur an jenem Tage sich an demselben Orte befanden. Wie, wenn der Stipulator selbst eingesteht, daß er an jenem Tage den promissor nicht gesehen oder gehört hat? Aus einer solchen möglichen Inkonvenienz ist man nicht berechtigt, die Existenz des Rechtssatzes selbst wegzuräsonniren. Überdies werden wir später Gelegenheit finden, auch diese Inkonvenienz zu beseitigen.

Alle diese Argumentationen sind also so beschaffen, daß man glauben sollte, es handle sich de lege ferenda, die Zweckmäßigkeit jenes Satzes zu prüfen. Zur Widerlegung der oben angeführten direkten Zeugnisse für das Gegentheil sind sie offenbar nicht geeignet.

Um schließlich noch ein Beispiel anzuführen, auf welche

Weise man gegen die richtige Ansicht argumentirt hat, will ich die Beweismethode Kraut's mittheilen.

Gajus erwähnt als eine Art der litterarum obligatio die syngraphae, mit dem Zusatz: quod genus proprium est peregrinorum. Nichtsdestoweniger nimmt Kraut an, daß diese syngraphae auch unter Bürgern mit civiler Wirkung stattfanden; folgert daraus, daß sie auch im justinianischen Rechte noch üblich gewesen, obwohl der Name in der justin. Kompilation nicht vorkommt; schließt daraus, daß die cautiones und chirographa, welche in den Quellen vorkommen, syngraphae seien. Ohne Zweifel habe nun bei diesen syngraphae irgend eine doli exceptio wegen nicht gezahlter Valuta stattgefunden. Später sei dann zwar die querela n. n. p. eingeführt; aber jene doli exceptio sei daneben geblieben, könne also auch nach Ablauf der Frist angebracht werden. Dies Alles scheint ihm wahrscheinlich; und daraus folgt denn, daß diejenigen irren, welche dem Schuldner nach Ablauf der Frist jede Vertheidigung wegen Nichtzahlung der Valuta abschneiden wollen!

## §. 11.

## Abweichungen der Praxis.

Das ganze Institut der exceptio n. n. p. hat mehrfache Seiten, welche mit deutschem Charakter und deutschen Volksansichten schwer in Einklang zu bringen sind. Die natürliche Folge solcher Übelstände war, daß die Rechtslehrer mit der ratio legis, Analogie, Billigkeit u. dgl. das Gesetz zu umgehen suchten. Wenn man sich nur des Ziels bewußt war, so sind unsere deutschen Juristen um Gründe nie in

Verlegenheit gewesen! Daß die exceptio n. n. p. in römischer Weise dem gewöhnlichen Verkehr lästig und dem öffentlichen Kredit gefährlich sei, wird sich schwerlich leugnen lassen. Daß dadurch öfter ein ehrlicher Gläubiger in Verfolgung gerechter Ansprüche gehindert, als ein gedrückter Schuldner geschützt werde, hat schon Höpfner (§. 851.) bemerkt. In unseren modernen Verhältnissen namentlich, in welchen ebenso häufig der Schuldner dem Gläubiger durch Annahme eines zinsbaren Darlehns eine Gefälligkeit erweist, als umgekehrt, ist es sicher nicht als Regel zu vermuthen, daß der Schuldner mit Ausstellung des Schuldscheins sich so sehr übereilen werde. Auch die Römer empfanden die chikanöse Natur der Einrede. Schon Honorius und Theodosius (c. un. §. 4. Th. C. II. 27.) nennen sie ein cavillationis obstaculum; Justinian beklagt sich öfter über Mißbrauch dabei und straft denjenigen, der sich ihrer ohne Grund bediene, durch Verurtheilung in's Doppelte.

Die eine Seite des Instituts, Anfechtung der Beweiskraft des Schuldscheins binnen 2 Jahren, ließ sich indessen nicht wohl wegdemonstriren, ohne alle Zeugnisse der Quellen umzukehren. Man half sich daher durch Verzichte auf die exceptio n. n. p. und Ausstellung von Anerkenntnissen, so gut es ging. Dagegen wandte man sich nicht ohne Erfolg gegen die andere Seite des Instituts — die absolute Beweiskraft des Schuldscheins nach Ablauf der Frist. Auch diese entsprach den deutschen Rechtsansichten so wenig, daß man sie, gleichviel durch welche Gründe, wegzuschaffen suchte, da man sich hier durch Kautelen weniger helfen konnte. Man hörte daher auch nach Ablauf der Frist den Schuldner noch, wenn er nur den Beweis der nicht empfangenen Valuta führen wollte. Man nannte in der älteren Praxis

diese Anführung eine exceptio n. n. p. non privilegiata; und als man sich später überzeugte, daß dieser Name unpassend, solche Anführung vielmehr eine einfache verneinende Streiteinlassung sei, behielt man doch der Sache nach den Satz bei. Angesehene Gerichtshöfe haben denselben angenommen [1]).

Daß die „Praxis" für diese Ansicht sei, wird seit dem 17. Jahrhundert von fast allen Schriftstellern, mit Angabe von vielen Präjudikaten, bezeugt [2]). Auch für Frankreich und die meisten Provinzen des damaligen Belgium bezeugt sie Vinnius. Mit Unrecht und in absprechender Weise erklärt Meurer diese angebliche Praxis für eine leere Fabel; obwohl sich nicht leugnen läßt, daß dieselbe nicht eine durchaus allgemeine ist. Unter Anderen bemerken dies auch Cocceji, Glück, Hofacker, Pfeiffer. Wo nun aber die Praxis die Behauptung des Nichtempfangs der Valuta noch zuläßt, hat man gegen klare Bestimmung des justinianischen Rechts auch wohl die Eidesdelation als Beweismittel gestattet [3]), entweder unter Berufung auf nov. 136. c. 6. oder auf c. 14. X. de fide instr.

---

1) de Cannegiesser, decis. Hass. Cassel. Tom. I. decis. 13. Pütter, Rechtsfälle 3. Bd. 3. Th. resp. 301. 302. Klein, Rechtsspr. der hall. Jurist. Fak. I. S. 65. Maier a. a. O. S. 86—89. und die S. 88. citirten. — 2) Pufendorf I. p. 167—170. Glück S. 169—74. u. die dort citt. Hofacker §. 2048. Maier S. 86—89. Höpfner §. 858. Emminghaus zu Cocceji a. a. O. qu. 18. not. 9., vgl. qu. 29. u. die citt. Vinnius S. 738. u. quaest. 82. fr. Overbeckii Med. Bd. 5. No. 272. Reinhardt S. 54—56. Thibaut §. 1180. Unterholzner S. 57. Pfeiffer S. 176—79; wegen des hessischen Rechts s. Pfeiffer S. 185—87. Prakt. Ausf. S. 164—66.; über das Hamburg. u. Frankf. Recht Cropp S. 386. Manche wollen diese Vertheidigung dann als Reconvention behandelt wissen. Carpzov P. I. c. 32. def. 66. Otto zu tit. I. de litt. oblig. — 3) Pufendorf I. obs. 64. §. 78.

Dabei sind durch unsere veränderten Verhältnisse und Prozeßformen in der Praxis noch folgende Streitfragen entstanden:

1. Die vielfach behandelte Frage [4]) über den Gebrauch der exceptio n. n. p. im Exekutivprozeß erledigt sich eigentlich von selbst. Urkunden, welche ihrem Inhalt und dem Datum ihrer Ausstellung nach die exceptio n. n. p. zulassen, sind offenbar keine instrumenta guarentigiata, und eignen sich nicht zum Exekutivprozeß, wenn Kläger nicht etwa eine schriftliche agnitio cautionis beizufügen im Stande ist.

Ist dagegen die Frist der exceptio n. n. p. abgelaufen, so kann keine Urkunde sich mehr zum Executivprozeß eignen, als eine solche, welche nach römischem Recht nicht einmal den Gegenbeweis des Nichtempfangs der Valuta zuläßt. Wo die Praxis einen solchen noch gestattet, muß derselbe natürlich sofort liquide gemacht werden [5]).

2. Gegen Wechsel findet die exceptio n. n. p. nicht statt. Dies folgt aus den Reichsgesetzen [6]). Wenigstens ist für diese Ansicht entschieden die Mehrzahl der Rechtslehrer [7]).

---

v. Bothmer S. 175. 176. et citt. Höpfner §. 858. not. 7. Thibaut §. 1180. de Cannegiesser Tom. II. dec. 248. No. 17. Glück a. a. O. S. 173. 174. et citt. Pütter, Rechtsfälle Bd. III. Th. 3. resp. 301. 302. — 4) Glück S. 80. 90. 159 ff. u. citt. not. 57. 58. Cocceji qu. 26. Carpzov P. I. c. 32. def. 65. Maier p. 5—7. 27—29. 62. 63. 73. 74. 82. 83. 89—92. L. Menken 450—54. Gönner jur. Abhdlgen. I. S. 59—74. Borst Beweislast §. 80. — 5) cf. Cocceji a. a. O. qu. 26. Michaelis bei Zanger S. 938 ff. — 6) J. R. A. §. 207. Projekt d. R. A. v. 1671. §. 5tens. — 7) Glück S. 163. et citt. Danz, Grundf. d. summ. Pr. §. 94. Lauterbach §. 64—68. Wernher Obs. II. 303. Leyser Med. Vol. II. sp. 132. med. 6. Carpzov Jurispr. for. P. I. c. 32. def. 69. 70. Fr. Becmanni p. 448—52. Cropp S. 366 ff. Maier S. 42. 43. Cocceji qu. 24. 25.

Manche wollen noch unterscheiden, ob in einem Wechsel die Erwähnung der empfangenen Valuta wesentlich sei, und wollen in diesem Falle die Einrede zulassen. Cocceji will sie nur gegen eigene Wechsel gestatten. — Daß sie einem Wechsel-Indossator nicht entgegengesetzt werden darf, läßt sich schon aus dem röm. Recht darthun.

3. Manche wollen sie endlich überhaupt bei Handels-Geschäften unter Kaufleuten ausschließen. Ein innerer Grund dafür ist indessen ebenso wenig zu erweisen, als eine wirklich vorhandene Praxis [8]). Daß die Analogie der römischen Argentarien unpassend sei, hat man schon frühzeitig eingesehen.

Neuere Gesetzgebungen haben die exceptio n. n. p. ganz aufgehoben [9]).

---

8) Cocceji qu. 24. et citt. — 9) Unter den Partikulargesetzen schließt sich nur der bairische Codex Max. IV. 11. §. 3—8. insoweit an das Gemeine Recht an, daß er die exceptio n. n. p. binnen 2 Jahren gegen Schuldscheine in der Regel gestattet, mit Ausnahme bestimmter Fälle. Dabei wird ausdrücklich entschieden, daß nach Ablauf der zweijährigen Frist ein unbeschränkter Beweis des Nichtempfangs der Valuta selbst durch Eidesdelation zuzulassen sei. Umgekehrt verwirft in den hannoverschen Ländern ein Justiz-Reglement vom Jahre 1718 die römische exceptio n. n. p. ganz, und läßt selbst dann, wenn der Schuldner den Beweis der Nichtzahlung übernehmen will, einen solchen nur binnen 3 Monaten zu (v. Bothmer in E. P. Gans Zeitschrift t. 177—182.): wobei es jedoch nach der Fassung zweifelhaft bleibt, ob diese Bestimmung allgemein, oder ob sie nur im Exekutiv-Prozeß gilt. Jedenfalls liegt darin eine unzweckmäßige Härte.

Weit zweckmäßiger haben die neueren Gesetzbücher die römische exceptio n. n. p. einfach wegfallen lassen und den Urkunden, gegen welche sie im Gemeinen Recht stattfindet, die gewöhnliche Beweiskraft der Privaturkunde wiedergegeben. Preuß. Landr. I. 11. §. 733. Östr. Gesetzbuch §. 1101. Code civil. III. tit. 10. Dabei hat jedoch das preußische Recht einige verständige, durch die Erfahrung bewährte Modifikationen §. 106. 107. t. 16. §. 739. I. 11. und Hypotheken-Ordnung II. §. 181.

II.

Die

# Stipulation und ihre causa.



## §. 1.

### Forma und causa stipulationis *).

Wenn man den allgemeinen Grundsatz hinstellt, daß jeder Vertrag einen gehörigen **Rechtsgrund** haben müsse: so kann damit als **letzter Grund** der Verbindlichkeit aller Verträge nur der **bewußte freie** Wille der Kontrahenten gemeint sein. Man hat freilich neuerdings daran gezweifelt, ob der Wille zur Begründung von Rechtsverhältnissen **allein** genüge.

„Das Versprechen an sich", bemerkt namentlich **Liebe** (Stipulation S. 76.), „unterscheidet sich von einem gleichgültigen Gespräche nicht. Es enthält die Erklärung des Willens einer Parthei: seinen Willen aber kann Jeder ändern, bis er zur That geworden, und das Geschehene nicht ungeschehen zu machen ist. Was hiervon der Umstand, daß der Wille auf etwas einem Andern Vortheilhaftes gerichtet war, und dieser sich damit einverstanden erklärt hat, ändern soll, ist nicht einzusehen. Es mag dem Sittengesetz widersprechen und die constantia verletzen, Entschlüsse zu fassen und auszusprechen, die man nicht ausführt, aber das Rechtsgesetz ist dadurch nicht verletzt. Daß man

*) Zur Litteratur hebe ich für die erstere Hälfte dieser Abhandlung hauptsächlich hervor die scharfsinnige und verdienstliche Schrift: **Liebe**, die Stipulation und das einfache Versprechen. Braunschw. 1840. 8. und **Desselben** Aufsatz in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bd. 15. S. 63—95. 192—236. (1841.) Mittelbar gehören zu §. 1. die Reihe von Schriften über die Klagbarkeit der Verträge nach römischem Recht.

seinen Willen gebunden oder gar sein Eigenthum veräußert habe, ist gewiß, gleich dem bekannten: **verba ligant homines, taurorum cornua funes**, weiter nichts als eine Redefigur. So enthält das Versprechen kein Moment, aus welchem seine rechtlich bindende Kraft herzuleiten wäre. In der Beschaffenheit des Gegenstandes des Versprechens kann ein solches Moment ebenfalls nicht liegen."

„Das eigentliche Moment, auf welchem eine rechtliche Gültigkeit beruhen kann, liegt sonach außerhalb des Versprechens, und ist in den Verhältnissen zu suchen, unter welchen es im einzelnen Falle erscheint. Das im einfachen Versprechen erklärte Wollen, welches an sich unverbindlich und durch Änderung des Entschlusses wieder aufzuheben ist, kann hier durch die Verhältnisse so fixirt werden, daß es für den Versprechenden zum rechtlichen Bande wird. Alsdann haben wir außer dem einfachen Willen auch noch einen Rechtsgrund für dasselbe."

Der hier angeregten Bedenken ungeachtet wird man indessen immer auf den Willen als alleinigen Rechtsgrund zurückkommen; wenn man sich nur über die Beschaffenheit des juristischen Willens verständigt, dessen verbindliche Kraft stets in ihm selbst, nicht in Umständen außer ihm liegt.

Der Wille nämlich, als das an sich blos Innerliche, erhält seine juristische Bedeutung und Folge erst, wenn er in die äußere Erscheinung tritt, durch Handlungen, Zeichen, Wort und Schrift. Wählt man nun aber äußere Zeichen zum Ausdruck: so entsteht die Schwierigkeit, daß ebenso oft das äußere Zeichen sein Verständniß erst durch den Willen, wie der Wille seinen Ausdruck durch das Zeichen erhält. Es erscheinen daher erfahrungsmäßig alle solche Zeichen schwankend und zweideutig. Sie beruhen auf empirischen

Sätzen, z. B. dem Satze, daß, wer einem Andern den Besitz einer Sache überträgt, ihn häufig zum Eigenthümer machen will u. s. w. Solche empirische Sätze haben nie allgemeine Gültigkeit a priori: der Schluß daraus auf den Willen der Handelnden ist eben deshalb kein sicherer. Wählt man dagegen Worte und Schrift, gäbe man durch die prägnantesten Worte der Sprache zu erkennen, daß man einem Andern etwas leisten wolle, und erklärte sich dieser damit einverstanden: so folgt daraus noch nicht nothwendig, daß der Promittent seinen Willen binden und dem Andern ein Zwangsrecht auf diese Beschränkung seiner Willensfreiheit (Forderungsrecht) einräumen wolle.

Das Streben des ältern römischen Rechts ist nun darauf gerichtet, durch eine Kombination von Handlungen (Symbolen) und Worten von hergebrachter Bedeutung jenes Schwanken zu beseitigen. Dies geschieht durch die formellen Verträge, namentlich die mancipatio auf dem Gebiet des Sachenrechts, durch die stipulatio und litterarum obligatio auf dem Gebiet des Obligationenrechts.

Allein neben diesen formellen Verträgen steht in der Blüthezeit römischer Rechtsentwickelung ein zweites ebenso wichtiges Gebiet nicht formeller Verträge, die man neuerdings wohl als Materialkontrakte bezeichnet hat. Zweckmäßig erscheint es hier, das Gebiet des Sachen- und des Obligationenrechts vergleichend gegenüber zu stellen.

I. Übertragung des Eigenthums durch Übereinkunft.

Im Gegensatz der formellen mancipatio dient hiezu als materielles Geschäft die Tradition. Der Tradent giebt eine Sache in das Vermögen des Andern hinüber, d. h. er verkleinert das Gebiet seines Wollens und Vermögens, um



Digitized by Google

das des Andern zu vergrößern. Sein Wille hat also eine bestimmte Richtung. Wer eine Sache derelinquirt mit Zustimmung eines Andern, tradirt deswegen nicht, weil seinem Willen die bestimmte Richtung in das Vermögen des Andern fehlt [1]). Dieser bestimmten Richtung muß sich der Wille als vernünftiger Wille bewußt sein. In dem **animus transferendi dominii** liegt also zweierlei:

a) das Bewußtsein, daß man die Rechtssphäre des Empfängers erweitere;

b) der auf diesen Erfolg gerichtete Wille.

In dem Erforderniß eines bewußten Willens liegt aber ferner auch, daß er wissen muß, ob Erweiterung des fremden Vermögens ihm Selbstzweck ist, oder um eines Andern willen gewollt wird.

1. Ist die Vermögenserweiterung Selbstzweck, so nennen wir das Geschäft Schenkung; der Tradent giebt hier, um zu geben: **ob nullam aliam causam dat, quam ut liberalitatem exerceat. fr. 1. de donat. (39. 5.)**

2. Will der Geber dagegen die Vermögenszuwendung nicht als Selbstzweck, so muß an einer andern Stelle umgekehrt das Rechtsgebiet des Gegners verkleinert und das seinige vergrößert werden. Wo nicht Schenkung, muß also ein Austausch von Leistungen beabsichtigt sein. Im Gegensatz zur Schenkung erscheinen diese Geschäfte als onerose (**negotia**).

Nun ließe sich zunächst ein Austausch denken, bei welchem Eigenthum gegen Eigenthum gleichzeitig ausgewechselt wird: **A** giebt seine Sache, weil **B** ihm uno actu eine andere giebt. Ein solches Geschäft ἐκ χειρὸς εἰς χεῖρα ist indessen dem römischen Recht unbekannt. Es kann sich auf

1) vgl. §. 46. J. de R. D. (2. 1.)

natürlichem Wege kaum bilden, da Gleichzeitigkeit des Gebens als wesentliches Requisit praktisch ziemlich unausführbar wird. Wo neuere Gesetze willkührlich ein Zug um Zug Geben verlangen, sind Geschäfte der Art erfahrungsmäßig unpraktisch geworden.

Als Objekt der Gegenleistung erscheint daher gewöhnlich ein Forderungsrecht, und zwar in doppelter Weise: entweder

a) ging ein Kaufgeschäft vorher, oder eine andere obligatio ad tradendum. Hier ist die Tradition Erfüllung, also Aufhebung einer Obligation. Während Tradent das Eigenthum weggiebt, giebt der Empfänger ein klagbares Forderungsrecht weg. Man sagt von einer solchen Tradition: sie geschehe venditionis causa, oder generell *solvendi causa*. Die schon vorhandene Obligation ist hier causa tradendi. A. tradirt seine Sache, weil B. ein schon früher begründetes Forderungsrecht aufgiebt. Dieses „weil" läßt sich insofern bezeichnen als eine *causa antecedens* s. *praeterita*;

b) oder der Tradent giebt 100; der Empfänger verspricht dagegen, 100 zurückzuzahlen oder eine andere Leistung (do ut des, do ut facias, do ut reddas). Hier knüpft sich das Forderungsrecht erst an das Geben. Der Tradent giebt im Vertrauen auf die fides des Empfängers (credere im weitern Sinne). Man kann daher allgemein von einem tradere credendi causa sprechen, indem der Tradent eine künftige (nicht gerade klagbare) Gegenleistung hofft, und insofern kann man dies Warum des Gebens auch eine *causa futura* nennen. Der Austausch von Vermögensobjekten erfolgt indessen auch hier gleichzeitig, wenn die versprochene Gegenleistung sogleich klagbar ist.

Die Schenkung giebt zu diesen beiden Fällen den Gegensatz. Eine Tradition donandi causa tilgt weder eine Obligation des Gebers, noch begründet sie eine Obligation des Empfängers: ihre causa ist eben das bewußte Nichtwollen einer Gegenleistung.

Wir können daher die causa nach Vorgang neuerer Schriftsteller als juristische Absicht des Geschäfts bezeichnen. Allerdings denkt man bei einer solchen Absicht des Gebens zunächst an den Fall, wo das Geben um einer Gegenleistung willen erfolgt. Causa ist hier überhaupt der Umstand, an welchem der eine Kontrahent ein solches vermögensrechtliches Interesse hat, um deshalb dem Andern ein Vermögensrecht zuzuwenden. Die Gegenleistung kann hier sogar selbst als causa bezeichnet werden. Häufig werden daher auch im juristischen Sprachgebrauch datum ob causam und donatum entgegengesetzt.

Aber das bewußte Abstrahiren von einer solchen causa kann selbst wieder zur causa dandi werden.

Es ergiebt sich hieraus eine schon mehrfach bemerkte Dreitheilung der Vermögenszuwendung in donare, solvere, credere. Die Tradition erfolgt, wie sich Unterholzner[2]) ausdrückt, entweder dissolvendae obligationis causa, oder constituendae obligationis causa oder donandi animo.

Eine Zusammenstellung dieser drei causae findet sich fr. 65. §. 4. ad SC. Treb. (36. 1.):

Si singulae res ab herede traditae sunt jussu meo ei, cui eas vendiderim, non dubitamus mihi intelligi factam restitutionem. Idem erit, et si jussu meo

---

2) Unterholzner Verjährungslehre 1828. S. 377. I. v. Meyerfeld Schenkung I. 26. ff. 89—92. 425. 426.

tradautur, cui ego ex fideicommisso aliave qua causa eas praestare *debuerim*, vel *in creditum ire*, vel *donare* voluerim.

Ähnlich fr. 49. de solut. (46. 3.)

Solutam pecuniam intelligimus utique naturaliter, si numerata sit creditori. Sed etsi jussu ejus alii solvitur, vel *creditori* ejus (also solvendi c.), vel *futuro debitori* (also credendi c.), vel etiam ei cui *donaturus erat* absolvi, debet.

Ferner in folgender interessanten Stelle fr. 20. de R. C. (12. 1.)

Si tibi pecuniam donassem, ut tu mihi eandem crederes — talem contractum neque *donationem* esse neque *pecuniam creditam* — *creditam* non esse, quia *exsolvendi causa* magis daretur etc.

Weniger systematisch unterscheidet Gaj. II. 20. ein tradere ex *venditionis causa*, sive *ex donationis*, sive *quavis alia* ex causa. Ähnlich fr. 55. de oblig. et act. (44. 7.):

In omnibus rebus, quae dominium transferunt, sive *venditio*, sive *donatio*, *sive quaelibet alia causa* contrahendi fuit: nisi animus utriusque consentit, perduci ad effectum, quod inchoatur, non potest.

Am generellsten erscheint der Gegensatz endlich in fr. 1. §. 1. de off. Procur. Caes. (1. 19.): „venditionis, vel donationis, vel transactionis causa *quid agere*," wo dies quid agere nicht bloß auf Tradition geht, sondern jede Vermögenszuwendung umfaßt.

Zu dieser juristischen Absicht (causa) findet sich aber schon in unseren Quellen ein wichtiger Gegensatz. Wenn nämlich auch die juristische Absicht feststeht, so werden ge-

Digitized by Google

wöhnlich im Hintergrunde allerlei äußere Veranlassungen liegen, welche außerhalb der Rechtssphäre sind. Denn es kommt juristisch in der Regel nur auf das Warum des Gebens, nicht auf das Warum des Warum an. Als Beispiele kommen in unseren Quellen[3]) ausdrücklich vor: pietas, Liebe zum Ehegatten, affectio, Freundschaft, Mitleid, officium, inhonesta affectio, Hang zur Verschwendung, Absicht seine Gläubiger zu verkürzen, Ehrgeiz, kaptatorische Spekulationen, Dankbarkeit, Wunsch sich beliebt zu machen, ja bloße Laune und Willkühr — alles dies sind Gesinnungen, Veranlassungen ohne Einfluß auf den juristischen Charakter des Geschäfts. Auch eine Täuschung in solchen Erwartungen berührt daher die Gültigkeit des Geschäfts regelmäßig nicht.

Auch diese „causa" kann man übrigens in eine praeterita und eine futura scheiden. Wer, wie Paulus lehrt, Geld giebt, „ut tibi quis amicior sit, vel quia credidi negotia mea a te adjuta esse" (fr. 52. de cond. indeb.), ein solcher, wenn er wirklich keinen andern Grund zum Geben hat und doch geben will, wird als Schenker angesehen. Denn weder das eine, noch das

3) Eine große Anzahl findet sich schon bei v. Meyerfeld, Lehre von den Schenkungen, zusammengestellt. Pietas fr. 14. §§. 7—9. de religios. Liebe zum Ehegatten fr. 32. §. 2. de cond. indeb. affectio c. 8. de O. et A. c. 24. de pact. c. 13. 15. neg. gest. Freundschaft fr. 6. §. 6. 44. de neg. gest. fr. 8. §. 13. qu. m. pign. Mitleid fr. 6. de cess. bon. officium fr. 47. de donat. int. V. inhonesta affectio fr. 5. de donat. Hang zur Verschwendung fr. 23. pr. de hered. pet. Den Gläubigern zu schaden D. 42. 8. Dankbarkeit fr. 52. de cond. indeb. Ehrgeiz fr. 19. pr. de donat. (39. 5.). Spekulation c. 25. de transact. nov. Majoriani 8. fr. 3. §. 7. de condict. caus. dat. caus. n. s. (12. 4.) Wunsch, sich beliebt zu machen, fr. 17. §. 1. de usur. —

andere ist eine Gegenleistung mit dem Charakter einer Vermögenszuwendung. Ebenso ist der ein Schenker, „qui dedit ea spe, quod se ab eo, qui acceperit, remunerari existimaret" (fr. 3. §. 7. de cond. caus. dat.), — denn die Gegenleistung ist hier völlig unbestimmt.

Allerdings erschwert die Zweideutigkeit des Wortes causa im Sprachgebrauch der römischen Juristen diese Erörterungen. Wo in den Titeln über die condictio sine causa, ob causam datorum u. s. w. von der causa einer Vermögenszuwendung gesprochen wird, ist damit gewöhnlich die juristische Absicht gemeint; in andern Stellen ergiebt es der Zusammenhang. Ein Versuch, diese Zweideutigkeit durch einen veränderten Sprachgebrauch zu heben, findet sich in folgender Stelle des Pomponius fr. 52. de condict. ind. (12. 6.):

> **Damus aut *ob causam* aut *ob rem*:** ob causam praeteritam, veluti *cum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum, vel quia aliquid a te factum est,* ut etiam si falsa causa sit, repetitio ejus pecuniae non sit. *Ob rem* vero datur *ut aliquid sequatur,* quo non sequente repetitio competit.

Causa soll hier die bloße Veranlassung sein; denn daß der Geber vom Gegner *aliquid consecutus est*, ist keine bestimmte Vermögenszuwendung, die das Geschäft zu einem negotium machte. Eine solche soll im Gegensatz davon *res* heißen. Auch andere Juristen gebrauchen die Bezeichnung res bald allgemein, bald insbesondere für die juristische causa *futura*. Indessen paßt die Bezeichnung der juristischen causa durch res immer nur auf die negotia, nicht auf Schenkungsgeschäfte. Auch findet sich sonst die

technische Unterscheidung zwischen causa und res, außer in einer Stelle des Paulus fr. 65. de cond. ind., nicht wieder.

Wenn nun im Gegensatz dieser Fälle z. B. ein Kaufgeschäft als wirkliche juristische causa einer Tradition bezeichnet wird, so liegt das Juristische dieser causa eben

in der bewußten Absicht eine bestimmte Änderung im Verhältniß des einen Vermögens zu dem andern zu bewirken.

Der einen oder andern juristischen causa muß der Tradent sich bewußt sein; denn wer gäbe, ohne zu wissen, ob er eine Gegenleistung erhalten hat, oder erhalten soll, und doch auch nicht schenken will, würde sinn- und gedankenlos handeln.

Wenn nun aber auch der Tradent mit seiner Absicht ins Reine gekommen ist, so muß diese bewußte Absicht ferner äußerlich erkennbar werden. Dazu scheint freilich die Besitzübertragung zu dienen. Für nothwendig hat man diese wohl deshalb erklärt, weil sich aus der Besitzübertragung der Beweis ergebe:

„daß der Geber nicht bloß habe veräußern wollen, sondern wirklich veräußert habe."

Allein es läßt sich a priori nicht wohl einsehen, warum diese Vollendung des Entschlusses nicht auch auf andere Weise ausgesprochen werden könnte. Das Erforderniß der Besitzübertragung ist vielmehr für ein positives zu erachten. Leugnen läßt sich aber nicht, daß diese Weise des Willensausdrucks lebendig und treffend ist. Wenn der Tradent das Eigenthumsrecht an einer Sache aus seinem Rechtsgebiet herausnehmen und in die Rechtssphäre des Andern hinüber geben will: so läßt sich dies Hinüberreichen aus der

Willensſphäre des Einen in die des Andern kaum ſinnlicher ausdrücken, als durch die Übergabe des Beſitzes.

Andererſeits iſt aber die Tradition als Willensausdruck an und für ſich nicht genügend. Wer dem Andern eine Sache übergiebt, kann damit Eigenthum, Nießbrauch, Pfandrecht beſtellen; er kann aber auch die Sache nur deponiren, leihen, precario oder gar nur zum Beſehen überlaſſen wollen. Die äußere Erſcheinung der Handlung macht hier nicht den juriſtiſchen Willen klar, ſondern umgekehrt erhält ſie ihre juriſtiſche Bedeutung erſt durch Richtung des Willens. Es bleibt daher nichts übrig, als in jedem einzelnen Falle den Kauſalzuſammenhang der Tradition mit den Umſtänden, unter denen ſie erfolgt, feſtzuſtellen; namentlich ob eine Leiſtung des Gegentheils vorangegangen iſt oder nachfolgen ſollte. Das Vorhandenſein einer ſolchen Gegenleiſtung wird ſich äußerlich ziemlich leicht ermitteln laſſen. Der animus donandi kann dagegen nur aus Worten und Umſtänden geſchloſſen werden. In beiden Fällen aber liegt der Rechtsgrund der Tradition nicht in etwas Äußerlichem neben dem Willen, ſondern in ihm ſelbſt. Eben deshalb wird auch der animus transferendi dominii abwechſelnd mit causa traditionis gebraucht. Es ſchadet daher auch nicht, wenn der Tradent eine andere causa vor Augen hatte, als der Empfänger, ſobald nur Beide bewußt denſelben Erfolg wollen. fr. 36. de acquir. rer. dom. (41. 1.):

**Quum in corpus quidem, quod traditur, consentiamus, in *causis* vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio: veluti si ego credam me ex testamento *obligatum* tibi esse, ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum *deberi;***

nam etsi pecuniam numeratam tibi tradam *donandi* causa, tu eam quasi *creditam* accipias, constat proprietatem ad te transire, nec impedimento esse, quod circa *causam* dandi atque accipiendi dissenserimus.

Um also die Bedeutung der Tradition zu würdigen, ist zu beachten, daß

1. die Übertragung des Besitzes sinnlicher Ausdruck des Willens ist, der Sache eine Beziehung aus dem Vermögen des Gebers in das des Empfängers zu geben; daß aber

2. diese Beziehung, als bewußte Beziehung, sich durch das Vorhandensein einer causa manifestirt.

Ganz anders gestaltet sich hier das Verhältniß der formellen Verträge. Die mancipatio erscheint als Akt von absoluter Wirksamkeit: sie überträgt Eigenthum, ohne daß dabei nach der causa gefragt wird. Mag der Veräußernde Kauf, Darlehn, mag er ein solvere, credere, donare beabsichtigt haben: sie überträgt Eigenthum. Der rechtliche Wille erscheint hier durch die Form selbst bestimmt ausgeprägt und braucht nicht erst aus den Umständen, aus der bewußten Beziehung auf eine Gegenleistung geschlossen zu werden. Der Grund des Unterschieds liegt darin, daß hier die juristische causa schon in der Form selbst ausgedrückt ist. Die mancipatio ist eine imaginaria venditio; es bedarf daher keiner Frage nach der causa, da die Zahlung eines pretium ja eben der Ausdruck der causa ist. Wir können also den Gegensatz zwischen ihr und der traditio so bezeichnen, daß dort eine causa vorhanden ist, hier fingirt wird dort; eine reelle, hier eine symbolische Gegenleistung in Betracht kommt.

Sehen wir von der in jure cessio ab, welche einer noch älteren Epoche der Rechtsentwicklung angehört, so charakterisirt sich also der formelle Vertrag auf diesem Gebiet durch die symbolische causa.

So alt die Tradition auch ist, so lange Zeit sie im römischen Recht neben der mancipatio vorkommt, so gehört sie doch jedenfalls gedankenmäßig einer freieren, also späteren Periode der Rechtsentwicklung an. Dasselbe Verhältniß kehrt auf dem Gebiete des Obligationenrechts wieder.

II. Begründung eines Forderungsrechtes durch Vertrag.

Auch der, welcher sich vertragsmäßig zu einer Leistung verpflichtet, erweitert damit das Vermögensgebiet des Andern durch seinen Willen (habetur enim, quod peti potest. fr. 134. V. S.), und dieser Wille muß ein bewußter sein. Wer dem andern 100 zu geben verspricht, muß wissen, ob er verspricht, um zu versprechen, oder um einer Vergeltung willen. Er würde sonst nicht wissen, was er will. Denkt man bei dem nudum pactum an eine solche Verabredung, die übrigens nicht leicht vorkommen wird, — so kann daraus nach keinem Rechtssystem eine Klage entstehen. Als Akt eines vernünftigen Willens läßt sich also auch das Versprechen nur denken:

entweder, weil eine Gegenleistung voranging;
oder, um eine Gegenleistung (im weiteren Sinne) zu erhalten;
oder schenkungsweise.

Versuchen wir nun aber eine solche, uns ziemlich geläufige Theorie am römischen Recht, so finden wir dieselbe nicht angewendet. Die drei möglichen Fälle wären:

1. ein pactum mit causa antecedens, wenn ich dem A. das promittire, wozu er schon ein Forderungsrecht

hat. Sollte dadurch ein neues Forderungsrecht, ein Austausch von Rechten entstehen, so müßte das pactum die ältere Forderung aufheben. Ein pactum bewirkt nun aber keine Novation.

2. pactum mit causa futura wäre ein promitto ut des, vel facias; ein solches Geschäft, bei welchem das Forderungsrecht, welches die Gegenleistung bildet, nicht vorherging, sondern im Austausch erst entsteht, ist wiederum in der Regel wirkungslos.

3. ein promitto donandi causa, pactum donationis — ist dem römischen Recht bis Justinian ebenfalls unbekannt.

Während also nach unseren Begriffen hier eine causa vorhanden wäre, bleibt das pactum nach römischer Ansicht doch ein nudum. Woher dieser Mangel? — Wir haben schon oben erörtert, wie es an dem bewußten Willen der Kontrahenten nicht genug ist, daß vielmehr dieser Wille auch äußerlich erkennbar werden muß; — und hierin liegt der Mangel des nudum pactum.

Die Vorstellung, daß durch Versprechen ein Stück meiner Willensfreiheit aus meiner Rechtssphäre heraus in die eines Andern hinübergetragen wird, um dessen Willenssphäre zu erweitern, enthält eine Abstraktion, die dem Rechtssinn der Römer unerkennbar war. So wenig durch den Willen allein mein Eigenthum sich in das Eigenthum eines Andern verwandelt, wie es vielmehr der Versinnlichung der bewußten Übertragung durch die Tradition bedarf: *Traditionibus* et usucapionibus, neque *nudis pactis* dominia transferuntur: — in demselben Sinne erscheint den Römern die nuda pactio auf Übertragung eines Forderungsrechts als eine unjuristische Abstraktion.

Bei der Tradition wird der Wille versinnlicht: bei der mancipatio sogar der Wille und die causa (Gegenleistung) symbolisch dargestellt: wie sollte man hier dem römischen Rechtssinne eine völlige Abstraktion von beiden zumuthen?

Wird durch pactum an sich kein Forderungsrecht konstituirt, giebt es (bis Justinian) kein wirksames pactum donandi causa: so folgt daraus von selbst, daß das pactum auch nicht durch Austausch wirksam werden kann. Denn denkt man sich ein Geschäft, in welchem Versprechen gegen Versprechen ausgetauscht, d. h. eine ideale Willensbeschränkung gegen die andere gesetzt wird, so bedarf es noch einer idealen Verknüpfung zwischen beiden: und eine solche zweite Abstraktion ist der römischen Anschauungsweise wiederum unerkennbar. Nach unseren Begriffen läge freilich in dem Gegenversprechen eine causa. Allein nach römischer Ansicht leidet ja das Gegenversprechen an demselben Mangel. Dem Versprechen des A. ist nicht anzusehen, ob die ausgesprochene Willensbeschränkung ein Vermögensrecht des B. konstituiren soll, dem Versprechen des B. wiederum nicht die Richtung in das Vermögen des A. Das juristische Band beider (nexum, synallagma) ist nicht erkennbar, also juristisch nicht vorhanden. Wir hätten nun statt einer hier zwei wirkungslose Erklärungen, die nicht ineinandergreifen, denen der verknüpfende Vereinigungspunkt fehlt.

Also weder Schenkung, noch Austausch von Forderungsrechten ist nach römischer Ansicht ohne äußere Versinnlichung des Übergangs in ein fremdes Vermögen möglich. Eine Ausnahme machen hier nur solche Geschäfte, bei welchen im täglichen Verkehr ein Austausch von Forderungsrechten

gegeneinander so geläufig geworden ist, daß das juristische Band zwischen Leistung und Gegenleistung (z. B. emtio — venditio) dem Rechtssinn auch ohne Versinnlichung erkennbar geworden ist. Dieser Fall tritt ein „in *societatibus, mandatis, rebus emtis venditis, locatis conductis,* quibus vitae societas continetur" (Cic. de off. III. 17.) — d. h. bei den Konsensualkontrakten. Sie gehören einem System ganz zwangloser und abstrakter Geschäftsformen an, wie es in den Staaten griechischer Bildung das herrschende war. Daß die Verträge des griechischen Rechts Konsensualverträge sind, werde ich später nachweisen. Im eigentlichen jus civile haben sie keine Wurzel oder Analogie. Kaiserkonstitutionen und prätorisches Recht haben in dieser Richtung später einige klagbare Verträge hinzugefügt. Hätte man aber in der späteren Entwickelung nach dieser Richtung hin generalisirt, so würde das ganze römische Konventionensystem aufgelöst sein, und seine nationale Farbe verloren haben.

Das System der materiellen negotia des Obligationenrechts hat sich vielmehr von einem andern Standpunkt aus entwickelt. Wir haben oben bemerkt, wie sich aus praktischen Gründen kein materielles negotium bilden konnte, bei welchem ἐκ χειρὸς εἰς χεῖρα Eigenthum gegen Eigenthum ausgetauscht würde. Es blieb also nur übrig, Eigenthum gegen Erwartung einer zukünftigen Leistung auszutauschen, und hier tritt das obligatorische Versprechen hervor als Gegenleistung gegen ein dingliches Recht. Von diesem praktischen Bedürfniß aus haben sich die materiellen Verträge entwickelt.

Zunächst lehnt sich das obligatorische Versprechen an den formellen Eigenthumsvertrag, die mancipatio, an. Mit den Worten:

Quum

Quum nexum faciet mancipiumque *uti lingua nuncupassit ita jus esto,*

erkannten die 12 Tafeln die Rechtsgültigkeit solcher Versprechen ausdrücklich an. Das obligatorische Versprechen hängt sich hier als lex mancipationis an den Hauptakt an, der zu ihm im Verhältniß der causa erscheint. Dies Versprechen ist kein richtungloses nudum pactum mehr, sondern wird in einem feierlichen Akte mit einer sinnlich dargestellten *causa* verbunden. Dadurch tritt also das juristische Band (nexum) ein, welches zwischen zwei einfachen Versprechen fehlt, und so wird der Wille des Versprechenden ein gebundener Wille.

In gleicher Weise finden wir nun aber das obligatorische Versprechen an die Tradition angeknüpft. fr. 48. de pact. Gajus libr. III. ad L. XII tabularum:

*In traditionibus* rerum *quodcunque pactum sit,* id valere manifestissimum est.

Die Parallele mit dem uti lingua nuncupassit ita jus esto bei der Mancipation ist in dieser vielleicht interpolirten Stelle unverkennbar. Aber auch die Bezeichnung des pactum als Nebenabrede (lex) erscheint hier, wie dort:

bei Papinian fr. 8. de praescr. verb.:

Dixi — si *lex* contractus non lateret, agi posse, *nec videri nudum pactum intervenisse, quoties certa lege dari* probaretur;

bei Paulus fr. 20. §. 1. de pact. dot.:

Dotem daturus quidquid vult pacisci sicut et stipulari potest, — *legem* enim suae rei dicit.

Ferner bei Alexander c. 10. de pact.:

Nec obesse tibi poterit, quod dici solet, ex pacto actionem non nasci; tunc enim hoc jure utimur

quum *pactum nudum* est. Alioquin quum pecunia *datur et aliquid de reddenda ea convenit,* utilis est condictio.

*Certa lege* tradere, dare, donare ist überhaupt in älteren Konstitutionen häufig. Alle diese Stellen rühren indeß aus einer Zeit her, wo jenes Prinzip schon über seine anfänglichen Grenzen ausgedehnt war. Die einfachste Anwendung desselben ist bei der pecunia credita im eigentlichen Sinne. Hier erscheint eine sichtbare causa für das Versprechen, und das juristische Band zwischen Leistung und Gegenleistung wird leicht erkennbar durch die Gleichheit des Objekts. Die stricti juris obligatio aus dem Gelddarlehn ist ohne Zweifel unter den materiellen Verträgen der älteste.

Erwägt man nun aber, daß das vorangegangene dare zur Versinnlichung der causa dient: so lag der Fortschritt nahe, daß man nicht nur ein dare zu Eigenthum, sondern auch ein Geben zu Gebrauch, Verwahrung und Sicherheit als sichtbare causae zur Begründung eines contractus commodati, depositi, pignoris als genügend anerkannte. So entstanden die Verträge aus dem credere im weitern Sinn, welche schon einer freieren Entwickelungsstufe angehören und deshalb nicht mehr stricti juris sind. Das juristische Band zwischen der Vorleistung und Gegenleistung bleibt aber auch hier erkennbar in der Gleichheit des Objekts. Damit schloß sich das Gebiet der Realkontrakte.

Fehlte es an der Identität des Objekts, so gestaltete sich das Verhältniß anders. Wenn A. eine Sache giebt, weil B. eine andere Sache zu geben verspricht, so überträgt er zwar Eigenthum. Denn die bestimmte Willensrichtung darauf war vorhanden und erkennbar. Ein Austausch von Leistungen aber lag darin nicht. Denn dies

Versprechen war als nudum pactum wirkungslos, enthielt also keine Vermehrung des Vermögens durch ein Forderungsrecht. Erst die künftige Leistung machte das Geschäft zu einem negotium, war insofern causa *futura*, und bis sie eintrat, konnte das übertragene Eigenthum wegen „Habens ohne Grund" durch condictio zurückgefordert werden. Als die Juristentheorie später (seit Labeo) in diesem Falle eine actio praescriptis verbis erfand, hat man diese 2te Klage, wie so häufig im röm. Recht, nur hinzugefügt, ohne die condictio, auf welche der Geber nun einmal ein Recht hatte, aufzuheben. Mit dieser actio praescriptis verbis ist die Theorie der Konventionen vollendet. Die bekannte Generaltheorie der Verträge, welche nach Aristo's Vorgang Ulpian fr. 7. de pact. aufstellt, zerlegt die klagbaren materiellen Verträge (juris gentium conventiones, quae pariunt actiones)

1. in bestimmt charakterisirte und benannte species: die Real- und Konsensualkontrakte;
2. in einen generellen Kontrakt:

Sed etsi in alium contractum res non transeat, *subsit tamen causa, ut puta* dedi tibi rem ut aliam dares, dedi ut aliquid facias, hoc συνάλλαγμα esse et inde nasci civilem actionem; — — esse enim contractum, quod Aristo synallagma dicit, unde haec nascitur actio. Sed quum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem.

Das Besondere liegt nicht darin, daß eine causa der conventio verlangt wird, sondern daß diese causa gerade in einem *dare* oder *facere* bestehen, also eine vorangegangene sinnlich wahrnehmbare Vorleistung gegen das Verspre-

chen gesetzt werden soll. Vergleicht man diesen Endpunkt des Systems mit dem Anfangspunkt, der im Gelddarlehn liegt, so ergeben sich folgende Erweiterungen:

1. Beim Darlehn wird Eigenthum gegen ein Forderungsrecht eingetauscht. Hier ist jedes dare gleichgestellt. Die Analogie zu dieser freieren Entwickelung liegt schon im commodatum, depositum, pignus. Ferner ist dem dare sogar das facere gleichgestellt, wozu eine Analogie in der freieren Entwickelung der stipulatio dandi zu einer stipulatio auf ein ılare facere liegt, und in dem mannigfaltigen Inhalt, den schon bei der mancipatio die Nebenberedungen in sich aufnehmen konnten. Die Schwierigkeit bei Konstituirung eines Forderungsrechts durch Vertrag zeigt sich überhaupt nur eben bei der Konstituirung. Weit leichter gestalteten sich die gleichzeitigen Zusatzverabredungen zur schon konstituirten bonae fidei Obligation, bei welcher das pactum adiectum seine causa im Hauptgeschäft hat.

2. Beim Darlehn erscheint das Objekt des übertragenen Eigenthums identisch mit dem Objekt des dagegen übertragenen Forderungsrechts. Idem genus und eadem quantitas bilden ja bei fungibeln Sachen die Identität; bei den übrigen Realkontrakten, die nicht fungible Sachen zum Gegenstande haben, ist eadem species die Grundlage der Leistung, wie der Gegenleistung. Dies fällt bei den Innominatkontrakten weg, wo jemand: *aliud* dando, ut *aliud* reddatur obligari jure gentium potest (fr. 25. de pr. v.).

Es ist indessen bekannt, wie die Theorie der römischen Juristen auf diesem Gebiete mit einer gewissen Ängstlichkeit verfuhr; wie man nach Analogien mit anderen klagbaren Verträgen suchte, wie man z. B. über die Klagbarkeit eines facio ut des, facio ut patiaris zweifelte, während bei facio,

ut facias die Gleichartigkeit der Leistungen eher einen Verknüpfungspunkt gab. Ferner kann ein „non facio" nicht Vorleistung sein, da ihm die Erkennbarkeit fehlt.

Vergleichen wir diesen Entwickelungsgang noch einmal mit dem der Eigenthumsverträge, so liegt die Schwierigkeit der Begründung von Forderungsrechten nur darin, daß der bewußte Wille, durch das Versprechen einer Leistung sich dauernd zu binden, und dem Andern ein Vermögensrecht darauf zu konstituiren, erkennbar dargestellt werden soll.

Bei der Tradition kann der Geber die Richtung seines Willens in das Vermögen des Andern durch die Besitzübertragung versinnlichen, während die causa aus den konkreten Umständen ermittelt werden muß. Bei der mancipatio ist sogar die causa versinnlicht. Bei dem Versprechen dagegen fehlt ein der Tradition vergleichbarer Akt, die Willensrichtung zu manifestiren. fr. 20. de servit. Dagegen läßt sich hier die causa versinnlichen; — und dies ist der Gedanke, der den Innominatkontrakten zu Grunde liegt.

Der Grundgedanke des Innominatkontraktes und der Tradition ist insofern analog: Versinnlichung der juristischen Absicht; nur daß bei der Tradition der Wille, beim Innominatkontrakt die causa des Willens sichtbar gemacht wird.

So erhält das Versprechen des Schuldners einen sichtbaren Zusammenhang, ein Band, welches das Versprechen an das Vermögen des andern Kontrahenten anknüpft.

Ganz anders gestaltet sich auch hier die Bedeutung der formellen Verträge. Von diesen ist die litterarum obligatio durch die Hausbücher, so lange sie bestand, niemals ein genereller modus contrahendi gewesen. Der allgemeine formelle Vertrag ist vielmehr die Stipulation, und

hier zeigt sich dasselbe Verhältniß, wie zwischen Mancipation und Tradition. Die Stipulation ist eine einfache Formhandlung, welche als solche eine Obligation begründet: ihre Rechtswirkung versteht sich von selbst, ohne Rücksicht auf eine causa. Mag eine Gegenleistung vorangegangen sein, mag sie nachfolgen sollen, mag der promissor das Versprechen um des Versprechens willen (schenken) wollen: ohne weitere Frage danach wird der promissor gebunden.

Da nun aber kein Vertrag ohne causa denkbar ist, da im ganzen System der materiellen Verträge das Vorhandensein einer sinnlichen *causa* grundsätzlich verlangt wird: so möchte man geneigt sein, hier dasselbe Verhältniß zu vermuthen, wie bei der mancipatio, daß nämlich die *causa* der *verborum obligatio* schon in der Form des Geschäfts ausgedrückt sei.

Erwägt man, wie streng im römischen Recht der Grundsatz festgehalten wird, daß formelle Verträge genau in der Form aufgehoben werden, in der sie eingegangen sind, so muß aus der Form der acceptilatio auf die der Stipulation geschlossen werden dürfen. Denn die acceptilatio entspricht ausschließlich der Stipulation, **§. 1. I.** de acceptil. (3. 29.):

> Est autem acceptilatio *imaginaria solutio*. Quod enim ex verborum obligatione Titio debetur, id si velit Titius remittere, poterit sic fieri, ut patiatur, debitorem haec verba dicere: Quod ego tibi promisi, habesne acceptum? Et Titius respondeat: Habeo. *Quo genere, ut diximus, tantum eae solvuntur obligationes quae ex verbis consistunt, non etiam ceterae.*

Wenn es der Stipulation eigenthümlich ist, durch eine sin-

girte Geldzahlung aufgehoben zu werden, so läßt sich schließen, daß es ihr auch eigenthümlich sei, durch fingirte Geldzahlung zu entstehen. Der imaginaria solutio entspräche eine imaginaria numeratio, also ein fingirtes Darlehn (pecunia credita) beim Entstehen. Damit stimmt auch die Etymologie von stipulatio als Geldgeschäft überein; ferner die Analogie der litterarum obligatio, wo der acceptilatio als Aufhebung eine Entstehung der Obligation durch *expensilatio* entspricht.

Pecunia credita heißt deshalb technisch im römischen Recht nie etwas anderes, als Darlehn, oder eine pecunia in stipulatum deducta. Eine Reihe von Belagstellen hat v. Savigny (System V. 532—40) zusammengestellt und erklärt, namentlich:

fr. 2. §. 5. de R. C. *Verbis* quoque *credimus*, quodam actu ad obligationem comparandam interposito, velut stipulatione.

fr. 4. ad SC. Maced. Quod vulgo dicitur, filiofamilias *credi* non licere, non ad *verba* referendum est, sed ad *numerationem*, (also auf das wirkliche Darlehn, nicht die pecunia credita durch stipulatio.)

fr. 3. §. 3. eod. Si in creditum abii filiofamilias ex causa emtionis, — et si *stipulatus sum, licet coeperit esse mutua pecunia*, tamen quia pecuniae numeratio non concurrit, cessat SCtum.

Ferner spricht dafür die Gleichartigkeit der Klage aus dem Gelddarlehn und der Stipulation (condictio); die sponsio tertiae partis, die bei einer credita pecunia stattfinden soll, zu der aber auch die in stipulatum deducta gerechnet wird; die oft auch in Pandektenfragmenten vorkommende Bezeichnung certa credita pecunia, welche keinen Sinn

hätte, wenn nicht ebenfalls die Stipulation eine credita pecunia enthielte, welche auch incerta sein kann. Auch möchte hieher gehören fr. 7. de V. O. (Ulpian:)

**Impossibilis conditio quae in faciendum concipitur, stipulationibus obstat, aliter atque si talis conditio inseratur** ***stipulationi***, **si in coelum non ascenderit, nam utilis et praesens est, et** ***pecuniam creditam continet*** (ähnlich fr. 8. de eo quod. cert. l.).

Die Stipulation würde danach zu der veralteten nexi obligatio in ein ähnliches Verhältniß treten, wie die acceptilatio zur nexi liberatio. Während diese bei Gajus als „species *imaginariae solutionis* per aes et libram" (III. 173.) erscheint, ist in der acceptilatio nur eine „*imaginaria solutio*" übrig geblieben §. 3. J. qu. mod. obl. toll. Ebenso tritt an Stelle der nexi obligatio als imaginaria *numeratio* per aes et libram die Stipulation als einfache imaginaria numeratio. Unter Weglassung des Symbols ist in beiden Fällen die Fiktion der Zahlung mit ihren Folgen geblieben. Die Existenz der nexi obligatio ist namentlich durch Festus erwiesen: *Nexum aes* apud antiquos dicebatur pecunia, quae per nexum obligatur; die Allgemeinheit des Symbols durch aes et libra als Geschäftsform für Begründung von dinglichen und Forderungsrechten überhaupt anerkannt; und wenn nun später als ebenso allgemeine Form die Stipulation auf dem Gebiet des Obligationenrechts erscheint, so ist ein organischer Zusammenhang mit der älteren strengen Form schon an sich wahrscheinlich. So schwierig es ist, diesen Zusammenhang nachzuweisen: so wird es noch schwieriger sein, darzuthun, woher die stipulatio mit ihren verba solemnia entstanden sein sollte, wenn sie nicht mit dem nexum der 12 Tafeln in Verbindung stände.

Aus allem diesem ließe sich wohl die **Hypothese** rechtfertigen, daß auch das Wesen der **stipulatio** in eine **fingirte** ***causa*** zu setzen sei: eine Hypothese, welche ich, wenn auch nicht zur Begründung, so doch zur Erläuterung der ferneren Darstellung bescheiden benutzen werde.

Wenn bei der Stipulation die causa schon in der Form ausgedrückt, später wenigstens fingirt ist, so kann es dabei auf eine wirkliche causa zur Begründung einer Obligation nicht ankommen, — und so verhält es sich nach Civilrecht.

Das prätorische Recht indessen verhilft hier wie in ähnlichen Fällen indirekt der wirklichen causa zur Anerkennung. **Wenn auch die Entstehung der** ***verborum obligatio*** **von der** ***causa*** **unabhängig erscheint, so kann doch die entstandene** ***obligatio*** **wegen Mangelhaftigkeit der** ***causa*** **wieder aufgehoben und unwirksam gemacht werden.** Das Mittel zur Aufhebung ist eine in den Pandekten mehrfach erwähnte doli exceptio. fr. 2. §. 3. de doli exc.:

Si quis *sine causa* ab aliquo fuerit stipulatus, deinde ex ea stipulatione experiatur, exceptio utique doli mali ei nocebit.

Auf diesem Umwege kommen wir wieder dahin, auch bei der Stipulation nach der juristischen Absicht der Kontrahenten fragen zu müssen. Die einzelen Fälle der causa lassen sich aber, wie bei jeder Vermögenszuwendung, auf ein solvere, credere, donare, oder auf eine causa antecedens, causa futura oder causa donandi zurückführen. Zusammengestellt werden die drei causae fr. 19. §. 4—6. de donat. (39. 5.)

**Si quis servo pecuniam crediderit, deinde is liber factus eam** ***promiserit,*** **non erit** ***donatio,*** **sed** ***de-***

*biti solutio.* Sed et *hae stipulationes,* quae *ob causam* fiunt, non habent *donationem.* Denique Pegasus putabat, si tibi centum spopondero hac conditione, si jurasses, te nomen meum laturum, non esse donationem, quia *ob rem* facta est, res secuta est.

In ähnlicher Weise wird diese Dreitheilung bei der delegatio erwähnt. Auch diese geschieht bald *solvendi causa* fr. 8. §. 3. ad SC. Vellej.

Interdum intercedenti mulieri et condictio competit, puta si contra SCtum obligata debitorem suum *delegaverit;* nam hic ipsi competit condictio, *quemadmodum si pecuniam solvisset,* condiceret; *solvit enim et qui reum delegat;*

bald *donandi causa* fr. 18. §. 1. de m. caus. don.:

Si *donaturus* mihi m. c. debitorem tuum creditori meo *delegaveris,* etc.

bald ex causa futura fr. 4. §. 21. de doli exc.

Si mulier debitorem suum *marito in dotem delegaverit* etc.

Ähnliche Beispiele enthalten fr. 32. de R. C. und fr. 27. §. 2. ad SC. Vellej.

Unsere fernere Aufgabe ist nun die, nach diesem Gesichtspunkt das Verhältniß der Stipulation zu der ihr zu Grunde liegenden materiellen causa zu ordnen und den Einfluß der Mangelhaftigkeit der causa nachzuweisen.

## §. 2.

## Stipulation ex causa antecedente*).

Die Fälle in welchen der stipulatio ein debitum ci-

*) Liebe Stipulation S. 156—343.

vile vel naturale als causa vorangeht bilden im gewöhnlichen Leben die Mehrzahl.

Da für unsere späteren Zwecke eine Übersicht dieses Gebiets nöthig wird, so stelle ich die Hauptbeispiele unserer Quellen zusammen:

a) Beim Kauf kann einerseits das pretium mit einem einfachen dare spondeo in eine verborum obligatio gefaßt werden[1]; andererseits aber auch die Leistungen des Verkäufers: Fundum tradi; rem tradi[2]; vacuam possessionem tradi spondeo[3]. Habere recte licere, haec si recte fieri spondeo[4].

Auch den Formeln: Habere licere spondes[5], mihi habere v. possidere licere[6], mihi heredique meo habere licere spondes[7], per te non fieri quominus habere liceat[8], quominus hominem ex his quos habes sumam[9], wird wohl gewöhnlich ein Kaufgeschäft zu Grunde liegen. Für den Erbschaftskauf paßt die Formel: Quanta pecunia ex hereditate Titii ad te pervenerit, dare spondes[10]; beim Kauf einer Servitut: Per te non fieri, quominus eo jure uti possit[11]? quominus mihi ire agere liceat[12], quominus uti mihi illa domo liceat[13]? uti frui mihi heredique meo licere[14]. Noch weiter als die Obligation aus dem Kauf, nämlich auf

1) c. 3. ad SC. Maced. (4. 28.) fr. 14. de exc. (44. 1.) — 2) fr. 28. de V. O. — 3) fr. 3. §. 1. de act. emt. (18. 1.) fr. 52. §. 1. de V. O. — 4) Varro de re rust. II. 2. §. 5. — 5) fr. 38. de V. O. — 6) fr. 3. de V. O. — 7) fr. 38. cit. — 8) fr. 83. de V. O. — 9) fr. 93. de V. O. — 10) fr. 50. de V. O. und öfter. — 11) fr. 20. de servit. (8. 1.) fr. 3. §. 2. de act. emt. (19. 1.) — 12) fr. 2. §. 4. fr. 4. de V. O. — 13) fr. 111. de V. O. — 14) fr. 38. §. 12. de V. O.



wirkliches Verschaffen des Eigenthums der verkauften Sachen gehen die Formeln: **Fundum dari spondeo**[15]; **tritici Africani optimi modios centum**[16]; **me in te proprietatem hortorum translaturum**[17]; **vestem meam, quaecumque muliebris est, dare**[18]; **Pamphilium dari**[19]; **rem dari vacuamque possessionem tradi**[20]. — Der praktische Unterschied der Wirkung dieser Formeln zeigt sich hauptsächlich bei der strengeren Haftung für Eviktion; wie denn überhaupt die aus der Stipulation entspringende stricti juris Klage dem klagenden Käufer vortheilhafter, für den Beklagten härter war[21].

b) Bei einer *locatio conductio* kann zunächst die merces stipulirt werden[22]. Aber auch für die Leistung des andern Theils erscheinen als passende Formeln: **Domum aedificari, aedem sacram aedificari, navem fabricari, fossam fieri; insulam fieri, fulciri**[23]; **opus arbitratu tuo fieri; per te non fieri, quominus mihi heredique meo vindemiam tollere liceat**[24].

c) Für die Societät giebt es kein bestimmte, die Leistung der socii umfassende Formel; es blieb daher nur übrig, die Leistungen aufzuzählen und daran die Formel: **haec quae supra scripta sunt, ea ita dari**

---

15) fr. 75. §. 10. de V. O. — 16) fr. 75. §. 2. de V. O. — 17) fr. 135. §. 2. de V. O. — 18) fr. 110. de V. O. — 19) fr. 116. de V. O. — 20) fr. 4. de usur. (22. 1.) — 21) Utinam nulla stipulatio venditorem obligaret emtori! Seneca de benef. III. 15. — 22) fr. 38. de fidej. (46. 1.) fr. 54. locati (19. 2.) — 23) fr. 72. 98. 124. de V. O. — 24) fr. 92. de V. O. (45. 1.) und ähnliche.

fieri, oder noch eine poenae stipulatio anzuschließen[25]): si ea ita data facta non erunt viginti millia dari.

d) Ähnlich verhält es sich beim Mandat, bei welchem ein Beispiel der Stipulation mir nicht erinnerlich ist, außer etwa fr. 28. §. 4. de jurejur.

e) Fast die häufigste Anwendung ist beim *mutuum* und *foenus* mit der einfachen Formel dare spondeo. Dies pecuniam creditam stipulari[26]) war bei Gelddarlehnen um so häufiger, als es, um Zinsen, Konventionalstrafen u. s. w. zu versprechen, einer Stipulation ohnehin bedurfte[27]).

Die selbstständig obligirende Kraft der Stipulation tritt gerade auf diesem Gebiet am bestimmtesten hervor. So konnte durch die Stipulation sich ein Anderer zur Rückzahlung des Darlehns verbindlich machen, als der, welcher es erhalten hatte; oder der stipulator konnte sich zur Rückgabe anderer Sachen verpflichten, als er erhalten; oder mehr zurückzugeben, als er erhalten hatte; ja er wurde auch dann zur Rückgabe verpflichtet, wenn er die Valuta des Darlehns gar nicht erhalten hatte[28]).

f) Die Rückgabe eines *depositum*, *commodatum*, *pignus* kann durch die Formel: rem meam mihi restitui[29]) — stipulirt werden.

---

25) fr. 71. pro soc. (17. 1.) cf. c. 4. pro soc. (4. 37.) — 26) fr. 9. §. 3. 4. de R. C. (12. 1.) fr. 26. 40. 41. eod. fr. — fr. 7. §. 7. de SC. Maced. (14. 6.) fr. 2. §. 5. de donat. (39. 5.) fr. 52. de O. et A. fr. 1. §. 2. de stip. serv. (45. 3.) fr. 56. §. 2. de fidej. (46. 1.) — 27) z. B. fr. 122. de V. O. — 28) c. 5. 12—14. 10. si cert. pet. (4. 2.) — 29) fr. 82. de V. O. vgl. fr. 43. eod.



g) Ohne Zweifel ist es auch causa antecedens, wenn Jemand bei Innominatkontrakten nach empfangener Vorleistung (datum vel factum) die Gegenleistung durch Stipulation verspricht. In diesem Falle hat der Geber durch die promissio ein klagbares Recht erhalten. Sein Geben ist, dieses Äquivalents wegen, nicht mehr sine causa. Es cessirt also das jus poenitendi [30]).

h) Ähnlich erscheinen die häufigen Stipulationen über Rückgabe einer *dos* nach Trennung der Ehe [31]).

i) An die hier aufgezählten materiellen Hauptverträge können sich dann Nebenverträge anschließen, welche, mögen sie schon als gleichzeitige pacta adjecta bei bonae fidei Kontrakten klagbar sein oder nicht, in Stipulation gefaßt zu werden pflegen. Hieher gehört die so oft erwähnte stipulatio duplae beim Kaufvertrag, überhaupt Stipulationen über Gewährleistung, Haftung für casus, Nebenstipulationen de reddenda dote, die sogenannte clausula doli u. s. w.

k) Auch eine *verborum obligatio* selbst kann wieder in stipulatum deducirt werden [32]).

Während wir so das ganze Gebiet der Obligationen aus Verträgen als causa antecedens der Stipulation wiederfinden, so kommen auch

l) ausdrückliche Beispiele von *obligationes ex delicto* vor, z. B. werden die schuldigen Leistungen des Diebes in stipulatum deducirt [33]).

m) Auch von den Obligationen, welche nach römischer Systematik *ex variis causarum figuris* sein sollen, finden sich zahlreiche Beispiele, z. B. die funeris impensa in

30) c. 4. de rer. permut. — 31) z. B. fr. 29. 48. solut. matr. (94. 3.). fr. 29. de pact. dot. (23. 4.) — 32) fr. 1. de novat. Theophilus III. 29. §. 3. — 33) fr. 72. §. 3. de solut.

stipulat. deducta [34]); eine Schuld aus einem Testament [35]), aus einer Tutel [35a]), negotiorum gestio [36]); ein fideicommissum in stipulatione deductum [37]), Legate [37a]).

n) Endlich wird auch ausdrücklich erwähnt, daß ein *naturale debitum* in stipulatum deducirt werden könne [38]). Ganz generell wird die causa praecedens zusammengefaßt fr. 1. §. 1. de novat.:

Illud non interest, *qualis* processit obligatio, utrum naturalis, an civilis, an honoraria, et utrum verbis, an re, an consensu; qualiscunque igitur obligatio, quae praecessit, novari potest.

Auf diesem Gebiete der Stipulationen ex causa antecedente ist also die causa ein *debitum antecedens*. Die Ausdrücke causa, obligatio, debitum werden daher häufig identificirt, z. B. fr. 21. de V. S.:

Usura pecuniae in fructu non est, quia non ex ipso corpore, ***sed ex alia causa est, id est nova obligatione.***

Namentlich geschieht dies häufig im Digestentitel de novationibus. Umgekehrt ist häufig auch von einem *indebite* promittere die Rede, für sine causa promittere, z. B. fr. 25. de prob. Auch die Scholiasten gebrauchen in solchen Stellen causa (*αἰτία*) und debitum (*χρέος*) synonym. Der Sprachgebrauch ist hier analog, wie bei der constituta pecunia, der ebenfalls eine causa sive debi-

---

34) fr. 17. quar. rer. (42. 5.) — 35) fr. 75. §. 6. de V. O. 35a) fr. 29. novat. — 36) fr. 2. 4. 13. 18. 19. rat. rem hab. (46. 8.) — 37) fr. 62. de cond. indeb. (12. 6.) — 37 a) fr. 54. 56. §. 1. ad SC. Treb. (36. 1.) fr. 17. de reb. auct. jud. (42. 5.) fr. 1. §. 13, 14. ut legat. (36. 4.) — 38) z. B. fr. 1. de novat. (46. 2.)

tum antecedens zu Grunde liegt. fr. 1. de constit. pec. (13. 5.):

Ait Praetor: *Qui debitam* pecuniam constituit. — ***Debitum*** autem *ex quacunque causa* potest constitui, i. e. ex quocunque contractu, sive certi sive incerti, et si ex causa emtionis quis pretium debeat, vel ex causa dotis, vel ex quocunque alio contractu.

Noch genereller seit Justinian c. 2. de const. pec. (4. 18.):

— et si pecuniae constitutae actio omnes casus complectens, qui et per stipulatum possunt explicari, — — ut ***liceat omnibus constituere omnes res, quas in stipulationem possunt homines deducere.***

Das Hauptmerkmal der Stipulation ex antecedente causa ist also, daß hier zwei Obligationen neben einander stehen, die als an sich selbstständige Forderungsrechte geschieden werden können und müssen. Dabei tritt nun aber der wichtige Gegensatz ein, daß beide entweder neben einander stehen bleiben, oder daß die Stipulation die antecedens obligatio aufhebt (novatio) — ein Gegensatz, der nur auf diesem Gebiet vorkommt. Denn bei einer stipulatio mit causa futura oder donandi causa kann die Frage, ob ein vorangegangenes debitum dadurch novirt worden, gar nicht entstehen. Die Regel für diesen Gegensatz enthält Ulpianus fr. 2. de novat. (46. 2.):

**Omnes res transire in novationem possunt; quodcunque enim sive verbis contractum est, sive non verbis, novari potest et transire in verborum obligationem** ***ex quacunque obligatione;*** **dummodo sciamus novationem ita demum fieri,** ***si hoc agatur*** **ut novetur obligatio; ceterum si hoc non agatur,** ***duae erunt obligationes.***

Beide Fälle sind genauer zu erörtern.

1. Außer dem Fall einer beabsichtigten Novation bestehen also zwei Obligationen neben einander. Die Stipulation ist hier recht eigentlich eine „cautio": hoc enim agitur, ut quis cautior sit et securior, interposita stipulatione (fr. 1. de stip. praet.). — Dieser Dualismus ist nicht wohl zu begreifen, wenn man die Vorstellung mitbringt, daß die Stipulation nichts sei, als eine bestimmte Form für den Willen, etwas schuldig zu sein; daß sie dazu diene, klaglose pacta klagbar zu machen, klagbare zu bestärken. Paulus rec. sent. V. 7. §. 11.:

> *Obligationum firmandarum* gratia stipulationes inductae sunt, quae quadam verborum solennitate concipiuntur, et appellatae, quod per eas firmitas obligationum constringitur. Stipulum enim veteres firmum appellaverunt.

Allein diese Etymologie ist ebenso ungenügend, wie die ganze Auffassung, welche sich nur aus der späteren praktischen Stellung der Stipulation erklären läßt. Die Stipulation dient allerdings praktisch unter Anderem auch dazu. Sie ist aber mehr als Einkleidungsform. Wäre sie dies, so müßte ihre Gültigkeit nach Civilrecht irgend wie von dem vorangegangenen pactum, der causa antecedens, abhängen. Diese kann im Zweifel dazu dienen, den Umfang der Verpflichtung und die eigentliche Absicht der Kontrahenten aufzuklären [38a]). Daß diese causa aber zur Entstehung der verborum obligatio nicht wesentlich ist, ergiebt sich einleuchtend schon daraus, daß in der Mehrzahl

38a) z. B. fr. 4. de usur. Non est verisimile, plus venditorem promisisse quam judicio emti praestare compelleretur.

der Fälle das zu Grunde liegende Geschäft aus der Stipulationsformel dare, restituere spondes u. s. w. gar nicht erkennbar ist; daß ferner z. B. der Schuldner, welcher in Erwartung eines Darlehns (zurück-) zu zahlen verspricht, auch dann verpflichtet wird, wenn er gar kein Darlehn empfangen hat. Wie sich das Verhältniß eines Bestärkungsvertrages gestalten würde, zeigt das römische constitutum, bei welchem die Regel gilt: „*hactenus* valet, si quod constituitur debitum sit."

Als bloßer Bestärkungsvertrag würde die Stipulation keine zweite selbstständige Obligation begründen können. Denn zu einer zweiten Obligation gehört eine neue *causa*. Wenn ich zweimal dasselbe verspreche, also, nach dem Beispiel in fr. 10. de act. emt., einmal den fundus Cornelianus dem B. zu tradiren, weil ich ihn verkauft habe; das andere Mal, weil mein Erblasser schon früher ihn an B. verkauft hat: so sind hier zwei Obligationen, quia eadem res saepius deberi potest. Es sind aber zwei verschiedene Gegenleistungen als *causae*, an welche das Versprechen zu tradiren geknüpft ist. Die *causa* also charakterisirt mein Versprechen als diese individuelle Obligation. Ich kann dieselbe Sache hundert mal schuldig sein, wenn mein Versprechen hundert mal an eine verschiedene Gegenleistung geknüpft ist. Verspreche ich dagegen hundert mal dem B. dieselbe Sache gegen dasselbe Äquivalent, oder schenkungsweise, so ist una obligatio, (und damit steht die bekannte Regel vom concursus causarum lucrativarum wohl in Verbindung). Ein reiner Bestärkungsvertrag kann keine nova obligatio begründen. Wenn dessenungeachtet eine in stipulatum deduzirte Schuld als eine zweite neue Obligation bezeichnet und behandelt

wird: „adjicit obligationem", — „*duae* sunt obligationes" — „ut *ex utraque causa* maneat obligatio"[39]); so muß in der Stipulation selbst eine nova causa verborgen liegen. Um dies und die Rücksichtslosigkeit der Stipulation gegen ihre eigentliche causa zu erklären, möchte die oben erwähnte Äußerung Ulpians den einfachsten Weg zeigen: si ex causa emtionis vel alio contractu stipulatus sim, *mutuam pecuniam esse* coepisse. — Wenn die Stipulation ein fingirtes creditum ist, so muß sie folgerecht unabhängig sein von der vorangegangenen Obligation; denn ihre causa liegt nicht in dieser Obligation, sondern im fingirten creditum. Daraus erklärt es sich, warum eine unvollkommene Stipulation auch nicht als constitutum gelten kann, weil die Parteien einmal ein creditum, also eine andere Obligation kontrahiren wollten. fr. 1. §. 4. de const. pec.:

> Eum, qui inutiliter stipulatus est, quum *stipulari* voluerit, non constitui sibi, dicendum est de constituta experiri non posse, quoniam non *animo constituentis, sed promittentis* factum sit.

Auch in dem Falle, in welchem wir die Stipulation am meisten als Bestärkungsvertrag zu denken geneigt sein würden: wo sie zu einem klaglosen pactum hinzutritt, bleibt die exceptio aus dem pactum selbstständig, neben der Klage ex stipulatu. fr. 10. §. 1. de pact.:

> Si *pacto subjecta* sit *poenae stipulatio*, quaeritur utrum pacti exceptio locum habent, an ex stipulatu actio? Sabinus putat, quod est verius, utraque via uti posse, *prout elegerit*, qui stipulatus

39) fr. 17. fr. 2. de novat. (46. 2.) §. 3. J. qu. mod. obl. toll. (3. 29.)

est; si tamen ex causa pacti exceptione utatur, aequum erit, accepto eum stipulationem ferre. Ähnlich fr. 28. de act. emt.

Der Gläubiger würde in diesen Fällen sogar zweimal dasselbe fordern können, wenn dies nicht die Grundsätze von der Klagekonkurrenz verhinderten. Schon Cicero erwähnt: in actionibus praescribi solet de eadem re alio modo; in unseren Rechtsquellen kommt derselbe Satz wiederholt vor[40]).

2. Der Fall der Novation unterscheidet sich von dem vorigen dadurch, daß die Stipulation nicht als cautio hinzutritt, sondern die antecedens obligatio nach Absicht der Kontrahenten aufheben soll. Eine nova causa enthält die Stipulation als fingirtes creditum freilich immer. Der Unterschied liegt aber darin, daß hier ein Austausch der alten gegen die neue Obligation statt findet. Dieser Austausch konnte sehr wohl einer Zahlung verglichen werden, da die Stipulation ein ganz neues Vermögensrecht (ex credito) schafft. fr. 31. de novat: eam stipulationem (novandi c.) similem solutioni existimamus. Man pflegt daher die Novation wohl als ein Geschäft zu bezeichnen, bei welchem der Gläubiger dadurch befriedigt werde, daß ihm statt der bisherigen Forderung eine andere gegeben werde. Diese Begriffsbestimmung indessen ist nicht streng römisch. Denn nicht jeder Austausch von Forderungsrechten ist Novation. Wer z. B. ein Pferd aus einem Tauschgeschäft verschuldet und nun mit dem Gläubiger übereinkommt, 100 statt dessen zu zahlen; —

---

40) fr. 10. §. 1. de pact. (2. 14.) fr. 9. pr. de novat. (46. 2.) Keller Litiskontestation §. 33. Liebe S. 173.



wer 100 ex mandato schuldet und durch Übereinkunft diese in Darlehn verwandelt, **novirt nicht**[41]). Litiskontestation, Urtheil, Eideszuschiebung werden in ihren Wirkungen wohl der Novation **verglichen** und von neueren Schriftstellern zu den Novationen gerechnet: aber wirkliche Novationen inter easdem personas geschehen nur durch **formelle Verträge**[42]). Dies erklärt sich einfach, wenn das Wesen derselben wirklich in einer fingirten nova causa liegt[43]), während sonst bei solchem Tausche die alte Obligation selbst causa der neuen ist[44]).

Gerade die selbstständige Natur der Stipulation, welche einerseits ihre Stellung zu dem debitum antecedens erklärt, führt andererseits zu folgender Schwierigkeit. Wenn ich 100 ex emto schuldig bin und nun stricte erkläre: centum dare spondeo; so ist, mag die zweite Obligation jene erste aufheben sollen oder nicht, keins von beiden, ja überhaupt gar kein Zusammenhang zwischen beiden Obligationen ersichtlich. Entstand darüber ein Zweifel, so war eine

---

41) fr. 41. §. 1. de adm. et per. (26. 7.) fr. 9. §. 9. fr. 15. de R. C. — 42) fr. 1. de novat. (46. 2.) fr. 91. §. 6. de V. O. (45. 1.) c. 4. de execut. rei jud. Nur bei den **Delegationen** wird die Litiskontestation der Stipulation gleichgestellt. — 43) Merkwürdig ist die Wendung der Interpr. zu **Paulus** V. 8: novatio est quando *causa novatur*. vgl. fr. 1. de novat. — 44) Auch die römische Novation darf freilich nicht genau auf ein idem gehen, weil sonst „nihil actum esset". Aber auch wenn ich „id quod ex emto debes" stipulire, so liegt darin schon deshalb eine materielle Änderung weil die alte Obligation bonae fidei war, die neue stricti juris ist. Allein bei der Regel „ut quid novi sit in posteriore stipulatione" ist es nur auf accidentelle Zusätze, nicht auf Änderungen in Essentialien abgesehen. Gaj. III. 177—179. §. 3. J. qu. mod. obl. tollitur. c. 8. de novat. fr. 29. pr. de V. O. Mixta una summa vel specie, quae non fuit in praecedente stipulatione, non fit *novatio*, sed efficit duas esse *stipulationes*.

Beweisführung unter Umständen offenbar schwierig. Dazu nun aber diente in späterer Zeit als bequemes Mittel der Gebrauch der Schrift, bei welcher einer ganzen Reihe von Verabredungen die Stipulation als Schlußklausel beigefügt werden kann. So bei **Paulus** fr. 140. pr. de V. O.:

Pluribus rebus propositis ita stipulatio facta est: ea omnia, quae supra scripta sunt, dari.

Ähnliche oft vorkommende Schlußklauseln sind:

Haec recte dari, fieri, praestarique stipulatus est AA., spopondit NN.; oder: De qua re et de quibus omnibus suprascriptis stipulatus est NN., spopondit AA.

Alle in und außer den Rechtsquellen vorkommenden Urkunden über Stipulationen sind ähnlich gefaßt.

Wenn nun auf diesem Wege ein Nachweis des Zusammenhangs zwischen der Stipulation und ihrer causa zu führen war: so fragte es sich andererseits, ob die Stipulation noviren sollte oder nicht. Nach den Pandektenfragmenten kam es lediglich darauf an „quod actum erat". Diese Absicht zu beweisen, war unter Umständen wiederum schwierig; und dazu diente vielleicht diejenige Fassung der Stipulation, bei welcher die *causa antecedens* als Objekt des Versprechens der Stipulationsformel einverleibt wird. Dies führt uns zu einem Gegensatz, den **Cujacius** zu fr. 29. de V. O. aufgestellt hat:

*Duplex* est stipulatio. *Vulgaris,* quae fit simpliciter, velut: „rem dari". — Est et alia *specialis,* quae fit adjecta causa: „Quod actione rei uxoriae dare facere oportet, dari."

Diese Bezeichnungen sind zwar willkührlich gebildet. Nur die vulgaris stipulatio hat eine Art von Autorität in ei-

ner Bemerkung des Thalelaeus zu c. 1. de rei ux. act. Da jedoch die Sache selbst richtig ist, so mögen der Kürze wegen die Bezeichnungen beibehalten werden[45]. Als Beispiele kommen folgende Formeln vor:

**Quidquid** te dare facere **oportet**, dabis[46]?
**Quod** te mihi dare **oportet**, id dabis[47]?
**Quidquid** ex vendito dare facere **oportet**[48].
**Quidquid** furem dare facere **oportet**[49].
**Quidquid** ob eam rem mihi dare oportet[50].
**Quod** ex causa condictionis dare facere **oportet**[51].
**Quod** ex testamento mihi **debes**, dare spondes[52]?
**Quidquid** patrem meum **debere** constiterit, me daturum[53]. —

Eine solche Stipulation[54] nimmt den ganzen Bestand der früheren Obligation nicht bloß als causa, sondern **als Objekt der Leistung** direkt in sich auf, und zwar **im Zweifel** in dem Umfange, welchen die obligatio antece-

45) So auch Liebe Stipulation S. 243. ff. — 46) fr. 76. §. 1. 89. 125. de V. O. — 47) fr. 47. de V. O. — 48) fr. 27. de novat. — 49) fr. 72. §. 3. de solut. (46. 3.) — 50) fr. 1. §. 1. quar. rer. act. (44. 5.) — 51) fr. 29. §. 1. de V. O.; in einer andern Stelle wird eine actio de peculio in stipulatum deduzirt. — 52) fr. 75. §. 6. de V. O. — 53) fr. 122. §. 4. de V. O. — 54) Ferner erscheinen regelmäßig als stipulationes speciales die Stipulationen zur Übernahme einer fremden Schuld: Quantum pecuniam Titio credidero, dare spondes? fr. 47. §. 1. de fidej. (46. 1.) Quanto minus a Titio consequi possim, dare spondes? fr. 32. si cert. pet. (12. 1.) und die verschiedenen Formeln der Bürgschaften: Si reus XL., quae ei credidi, non solverit fide tua esse jubes. fr. 16. 42. fidej. (46. 1.). Quantum pecuniam Titio credidero, fide tua esse jubes. fr. 132. §. 1. de V. O. fr. 13. §. 9. de acceptil. (46. 4.) — Wir scheiden jedoch in dieser Darstellung die Beziehung der verborum obligatio auf eine Mehrheit von **Subjekten** aus, um eine einfachere Übersicht über das **objektive** Verhältniß der Stipulation zu ihrer causa zu gewinnen.

dens gerade im Augenblicke der Novation hatte, wenn nicht ausdrücklich gesagt ist: quidquid dare oportet *vel oportebit*[55]). Der Theil der Obligation, welcher nicht mit in stipulatum deduzirt ist, kann mit der Klage aus der alten Obligation nachgefordert werden:

> Si post contractam emtionem *ante interpositam stipulationem* partus editus, aut aliquid per servum venditori acquisitum est, quod ex stipulatu consequi non poterit, judicio emti consequitur; *id enim quod non transfertur in causam novationis, jure pristino peti potest*[56]).

Auf diese Weise kann sogar eine Mehrheit von Obligationen in eine Stipulationsformel zusammengefaßt werden. Am umfassendsten geschieht dies in der bekannten Formel der Aquiliana stipulatio:

> Quidquid te mihi ex *quacunque causa dare facere oportet* oportebitve etc. — quanti quaeque earum rerum res erit, tantam pecuniam dari stipulatus est AA., spopondit NN.[57]),

woraus sich zugleich ergiebt, wie geläufig schon frühzeitig diese Fassung geworden war. Daß nun aber diese Fassung in einer gewissen Verbindung mit der Annahme oder Nichtannahme einer Novation stand, ist höchst wahrscheinlich. Jedenfalls ist die Bemerkung von Liebe[58]), daß wo eine stipulatio *specialis* erwähnt wird, ihre novirende Kraft

---

55) fr. 76. § 1. de V. O. fr. 4. de usuris. — 56) fr. 4. de usur. (22. 1.) — 57) fr. 18. §. 1. de acceptil. (46. 5.) als Einkleidungsform eines pactum liberatorium. fr. 15. de transact. (2. 15.) — 58) Stipulation S. 246. fr. 1. §. 4. quar. rer. act. n. datur. fr. 29. §. 1. fr. 76. §. 1. fr. 75. §. 6. fr. 89. 125. de V. O. fr. 72. §. 3. solut. fr. 18. §. 1. de acceptil.

als sich von selbst verstehend vorausgesetzt wird, richtig, — namentlich auch bei der Aquiliana stipulatio bestätigt. Wenn die Novation eine „*transfusio* et *translatio* prioris debiti in aliam obligationem"[59]) sein soll, so erscheint es natürlich, daß man in der Formel quidquid ex illa causa dare facere oportet, die sich unverkennbar an die Klageformeln anschloß, den Ausdruck der Absicht fand, den ganzen Inhalt der früheren Obligation in sich aufzunehmen und zu absorbiren.

Jedenfalls war diese Fassung der Formel in anderer Beziehung wichtig. Die Klage aus solcher Stipulation konnte keine condictio certi mehr sein. Als condictio incerti (actio ex stipulatu) auf ein Quidquid dare facere oportet, gestattete sie aber dem judex einen freien Spielraum in der Kondemnation, Rücksicht auf die Mängel, ja selbst wohl auf die bonae fidei Natur der zu Grunde liegenden Schuld; denn der judex war, um Betrag und Inhalt der Kondemnation zu bestimmen, direkt darauf verwiesen[60]); sie war insofern dem Gläubiger minder vortheilhaft.

Seitdem nun aber Urkunden mit der Stipulationsklausel üblich wurden, wird es zweifelhaft, wiefern diese Schlußklauseln als stipulationes speciales zu behandeln sind. Daß dagegen die meisten dieser Formeln als stipulationes *incertae* behandelt wurden, dafür spricht nicht nur die Fassung: sondern eine solche laxere Behandlung war überhaupt dem Geist des späteren Rechts gewiß angemessen.

Daß endlich auch im Fall der Novation die Wendung: prior

59) fr. 1. de novat. (46. 2.) — 60) fr. 29. §. 1. de V. O. Liebe Stipulation S. 282—94.



obligatio transfertur in posteriorem; das Erlöschen der Privilegien, der Bürgen, Pfänder, Zinsen und anderer Accessionen der alten Schuld wiederum auf die fingirte nova causa hinzuweisen, bedarf kaum der Erwähnung.

## §. 3.

## Stipulatio donandi causa*).

Man könnte das ganze Gebiet der Rechtsgeschäfte, welche eine Vermögenszuwendung enthalten, nach ihrer causa klassifiziren. Ein durchgreifend praktisches Interesse hat diese Eintheilung jedoch nur bei der Schenkung. Sie unterscheidet sich von anderen vermögensrechtlichen Geschäften dadurch, daß die Zuwendung hier absichtlich ohne Gegenleistung ist. Der Schenkende giebt, um zu geben (dedit, ut daret. Seneca de benef. I. 12.), weshalb denn auch wissentliches dare oder promittere einer Nichtschuld als Schenkung gilt[1]). Sie erscheint daher als Gegensatz des datum ob rem[2]). Nicht der Gegenstand der Zuwendung scheidet sie von den negotiis, sondern die Absicht, einen Andern aus meinem Vermögen zu bereichern. Dies kann aber geschehen durch eine datio, promissio donandi causa, eine acceptilatio[3]), cessio[4]), delegatio[5]), nach justinianischem Recht auch durch ein pactum de dando.

Die Stipulation donandi causa kommt häufig in

*) Liebe a. a. O. S. 103—155. — 1) fr. 24. cond. indeb. (12. 6.) fr. 47. de oper. libert. fr. 1. pr. ut in poss. legat. — 2) fr. 8. 18. pr. fr. 19. §. 6. de donat. (39. 5.) — 3) fr. 35. §. 6. de m. c. donat. (39. 6.) fr. 3. §. 10. fr. 5. §. 1. fr. 32. §. 23. de donat. fr. 3. pr. de legat. III. (32.) — 4) c. 2. c. 33. de donat. (8. 54.) c. 23. mand. (4. 35.) — 5) fr. 21. pr. de donat. (39. 5.) fr. 33. de novat. (46. 1.) fr. 5. §. 5. de exc. doli (44. 4.)

Google

unseren Quellen vor.[6]). Wie jede Vermögenszuwendung dando, obligando, liberando erfolgen kann, so wird auch die Stipulation in diese Dreitheilung eingereiht. fr. 3. §. 10. de donat. int. V.

> Proinde si corpus sit, quod donatur, nec *traditio* quidquam valet (inter virum et uxorem). Et si stipulanti *promissum* sit, vel *accepto latum*, nihil valet.

Die promissio steht völlig koordinirt der datio. Auch eine promissio donandi causa ist also schon vollendete Schenkung, — nämlich Schenkung eines Forderungsrechts. Ein Schenkungsversprechen, welches erst durch Tradition zu vollenden wäre, im Gegensatz einer vollendeten Schenkung, kommt überhaupt im römischen Recht nicht vor. Denn wenn das Schenkungsversprechen klagbar ist, so erscheint die Erfüllung desselben nicht als Schenkung, sondern als solutio debiti. Ist das Schenkungsversprechen dagegen ungültig, so ist die erfolgte Tradition der versprochenen Sache zwar Schenkung, — aber nur deshalb, weil sie unabhängig vom Versprechen erfolgt[7]). Eben deshalb gilt z. B. nach der Lex Cincia eine Schenkung durch promissio für ebenso perfekt, wie eine Schenkung durch mancipatio fr. Vat. §. 310 sq.:

> Perficitur donatio in exceptis personis sola *mancipatione vel promissione;* quoniam neque Cinciae legis exceptio obstat, neque in factum: „si non do-

6) fr. 2. pr. §. 1. fr. 22. 24. 33. de donat. (39. 5.) fr. 21. de usufr. (7. 1.) fr. 30. de re jud. (42. 1.) fr. 3. §. 10. fr. 23. de donat. int. V. (24. 1.) Ex lucrativa causa promittere fr. 83. §. 6. de V. O. (45. 1.) fr. 108. §. 4. de legat. I. (30.) fr. 19. de O. et A. (44. 7.) — Eine donatio durch expromissio fr. 10. §. 2. de in rem vers. (15. 3.) — 7) Hasse Güterrecht der Ehegatten. S. 392.


Digitized by Google

nationis causa *mancipavi, vel promisi* me daturum.

Sed in persona non excepti *sola mancipatio vel promissio* non perficit donationem.

Daher ferner die bekannte Gleichstellung bei der dos, quae aut *datur*, aut *promittitur*, aut *dicitur;* wobei die promissa dos durchweg als schon bestellte dos gilt. Eine perfekte Schenkung an die Frau liegt darin, wenn ein extraneus eine dos promittirt [8]). Die promissio donandi causa gilt nicht als Versprechen zu schenken, sondern als donatio selbst. fr. 36. de stip. serv.

Si servus derelictus ab alio apprehensus est, *stipulatione ei acquirere* potest, *nam et haec genere quodam donatio est.*

fr. 24. de acquir. hered.

Mortis causa *accepisse videtur,* etsi non accepit, sed promissa sit pecunia; nam *et stipulando mortis causa capit.*

Wird nachher das Objekt der stipulatio donandi causa geleistet, so ist diese Erfüllung nicht Schenkung, sondern debiti solutio. fr. 15. ex qu. caus. in poss.:

Qui rem permutatam accepit, emtori similis est; item qui rem in *solutum accepit, vel ex causa stipulationis, non ob liberalitatem.*

Das Bedürfniß einer erkennbaren *causa* machte bei der Schenkung eines Forderungsrechts den Gebrauch eines formellen Vertrages nöthig. Der Gedanke, Jemanden schenkungsweise ein Forderungsrecht in sein Vermögen zu übertragen, ist so abstrakt, daß nach dem römischen Konven-

8) fr. 33. jure dot. (23. 3.)

tionensystem kein wirksamer Anspruch entstehen konnte. So wenig durch den ausgesprochenen Willen, eine Sache zu schenken, ohne Tradition irgend ein Recht, auch nicht ein unvollkommenes Eigenthumsrecht entsteht, ebenso wenig entsteht durch die nuda pactio auf Übertragung eines Forderungsrechts irgend ein Recht, auch kein unvollkommenes, keine naturalis obligatio. Wäre freilich der Satz, daß durch nudum pactum eine Naturalobligation entstehe, allgemein richtig, so würde sich das Verhältniß so gestalten:

Ehe der promissor verspricht, müssen beide Theile schon einig sein; es ist also schon vorher ein *pactum donationis* zu Stande gekommen. Daraus entsteht ein debitum naturale, und wenn diese schon vorhandene Schuld nun in stipulatum deducirt wird, so ist dies ein Fall der stipulatio ex debito antecedente. Ganz analog hat man sich auch die Tradition Schenkungs halber so gedacht, als wenn ein pactum donationis vorhergehe, welches durch die Tradition nur erfüllt werde.

Allein diese Auffassung ist unseren Quellen gänzlich fremd. Jede Schenkung durch bloße Tradition, auch ohne die sonst vorgeschriebene Form, ließe sich dann durch eine exceptio aufrecht erhalten, die aus jener naturalis obligatio entspränge, wenn der Geber die Schenkung kondiziren wollte. Die Unmöglichkeit einer Naturalobligation aus dem pactum donationis hat überzeugend schon von Meyerfeldt nachgewiesen[9]). Wo in der justinianischen Kompilation[10]) ein pactum donationis vorkommt ist damit niemals

---

9) Von Meyerfeldt, die Lehre v. d. Schenkungen. Bd. I. S. 344. Seneca de benef. IV. 36. — 10) fr. 9. de donat. (39. 5.) c. 3. de repud. hered. (6. 31.) c. 34. de transact. (2. 4.) c. 6. de solut. (8. 42.) Paul I. 1, 5. fr. 1. de transact. (2. 15.)

gemeint ein *pactum* de obligando, sondern ein p. *de non petendo*.

Seitdem freilich Justinian, der gewöhnlichen Interpretation gemäß, durch c. 35. de donat. das pactum donationis für klagbar erklärt hat, muß eine Tradition auf Grund einer vorangegangenen Abrede für eine traditio solvendi causa, und eine Stipulation in gleichem Falle für eine stipulatio mit causa antecedens erachtet werden. Wie exorbitant und eigentlich prinzipienlos jene justinianische Bestimmung sei, ist schon von Liebe bemerkt und eine andere Erklärung versucht worden [11]).

## §. 4.

## Stipulation mit causa futura oder praesens. *)

Eine Vermögenszuwendung in der Absicht, den andern Theil zur Rückgabe in genere, in specie, oder zu einer anderen Gegenleistung zu verpflichten, heißt credere im weiteren Sinne. fr. 1. de R. C.:

> Nam cuicunque rei assentiamur, alienam fidem secuti, *mox recepturi quid ex hoc contractu*, credere dicimur.

Im Gegensatz heißt es von dem Schenkenden [1]): „Qui donat, sic dat, *ne recipiat*." Ähnlich wird ein dare *ut obligatio constituatur* dem donandi causa dare gegenübergestellt [2]). Andrerseits erscheint das credere als Gegensatz des solvere, z. B. fr. 19. §. 1. de R. C.: In *creditum*, vel in *solutum* accipere.

---

11) s. dessen Resultat a. a. O. S. 400. — *) Liebe, Stipulation S. 344—400. — 1) fr. 1. §. 2. de prec. (43. 26.) — 2) fr. 3. §. 1. de O. et A.

Häufig wird dies datum ob causam futuram auch datum *ob rem* genannt.

Bei Pomponius[3]): Damus aut *ob causam*, aut *ob rem*; — *ob rem* vero datur, ut aliquid sequatur, quo non sequente repetitio competit;

bei Ulpian[4]): Si ob *rem* (non inhonestam) data sit pecunia, ut filius emanciparetur, vel servus manumitteretur, vel a lite discedatur;

bei Paulus[5]: quamvis *propter rem datum sit et causa secuta sit*, tamen turpiter datum est: — *Ob rem* honestam datum ita repeti potest, si *res* propter quam datum est, *secuta* non est[6]). — Quod *ob rem datur* ex bono et aequo habet repetitionem veluti si dem tibi, ut aliquid facias, nec feceris[7]) etc. — In hac quaestione totius *ob rem* dati tractatus inspici potest; aut enim do tibi ut des aut do ut facias etc.[8]) — Si meum recipere velim, repetatur, quod datum est, quasi *ob rem datum re non secuta*[9]). — Si ego contraxi cum sponso, et pecuniam in hoc dedi, ut si nuptiae secutae essent, mulieri dos acquireretur, si non essent secutae, mihi redderetur, *quasi ob rem datum et re non secuta* ego a sponso condicam[10]). — Non quasi *indebitum* datum repetetur, sed quasi *ob rem datum*, nec *res secuta sit*[11]).

---

3) fr. 52. de cond. indeb. (12. 6.) — 4) fr. 1. pr. de cond. caus. dat. (12. 4.) — 5) fr. 9. pr. de cond. ob turp. caus. (12. 5.) — 6) fr. 1. eod. — 7) fr. 65. §. 4. de cond. indeb. (12. 6.) — 8) fr. 5. pr. de praescr. v. (19. 5.) — 9) §. 1. eod. — 10) fr. 9. pr. de cond. caus. dat. (12. 4.) — 11) fr. 14. de cond. caus. dat. (12. 4.) vgl. c. 3. de rer. permut. (4. 64.) fr. 35. §. 3. de mort. c. donat. (39. 6.) fr. 19. de donat. (39. 5.)

Digitized by Google

Bei Celsus: Obligatio est *ob rem dati, re non secuta*[12]).

So technisch indessen die Bezeichnungen *ob rem dare* und *re non secuta* erscheinen, so ist doch *ob causam* dare nicht minder häufig, ja causa non secuta noch häufiger, z.B. bei Ulpian: Sed etsi *ob causam* promisit, *causa* tamen *secuta* non est, dicendum est, condictioni locum esse[13]). — Sane quidem *ob causam* dedit, neque repeti solet, quod *ob causam* datum est, *causa secuta*[14]).

bei Afrikanus: Nihil interest, utrumne ab initio sine causa quid datum sit, an *causa* propter quam datum sit, secuta non sit.[15]).

Einen Unterschied zwischen dem ob rem und ob causam wird man vergeblich zu ermitteln suchen. In gleichartigen Fällen gebraucht namentlich Ulpian mit Vorliebe „causa," Paulus „res"; letzteres mit offenbarer Rücksicht darauf, die Zweideutigkeit der Bezeichnung causa (als bloße Veranlassung) zu vermeiden. Gerade bei Pomponius und Paulus indessen, welche diese Zweideutigkeit sonst zu vermeiden suchen, kommt auch ein „sub ea causa," „in eam causam dare"[16]) vor. Interessant ist dieser Sprachgebrauch insofern, als daraus erhellt, wie die römischen Juristen hier die causa theils als Gegenleistung dachten, theils noch genereller als einen Umstand, an welchem der Geber ein vermögensrechtliches Interesse hat (res). Freilich hätte man ebensogut die causa antecedens als res bezeichnen

12) fr. 16. de cond. indeb. (12. 6.) — 13) fr. 1. §. 1. de cond. sine c. (12. 7.) — 14) fr. 23. §. 3. de cond. indeb. (12. 6.) — 15) fr. 3. de cond. s. c. (12. 7.) — 16) fr. 15. de cond. c. dat. Paul II. 31. 29.

können, und dies geschieht wirklich bei Paulus fr. 8. de donat.:

Quae liberti imposita libertatis *causa* praestant, ea non donantur; *res* enim pro his intercessit.

Dem *dare* wird nun aber in unseren Quellen regelmäßig das promittere ex causa futura gegenübergestellt, wenn auch der Ausdruck credere dafür nicht technisch ist. Zwar findet sich §. 2. J. de exc.: „si quis quasi *credendi causa* pecuniam *stipulatus* sit"; diese Fassung ist indessen wohl nicht genau. Bei Gajus lautet die Stelle: „si stipulatus sim a te pecuniam tanquam *credendi causa numeraturus*". Es ist daher wenigstens nicht quellenmäßig von einem „creditum durch Stipulation" zu sprechen. Dem dare und promittere wird endlich auch die acceptilatio ob causam koordinirt[17]).

Die in unsern Quellen zerstreut vorkommenden Beispiele der causa futura sind folgende:

1. Die *donatio sub modo*, welche sich am nächsten an die stipulatio donandi causa anschließt. Hauptabsicht des Leistenden ist hier, zu schenken. Daher keine willkührliche Zurückforderung. Zugleich soll durch das Geleistete ein juristischer Nebenzweck erreicht werden; wird dieser verfehlt, so tritt „causa non secuta" eine Kondiktion ein. Auch hier steht dare und promittere gleich. Nothwendig aber ist, daß der Schenker ein juristisches Interesse beim modus habe. Eine bloße Veranlassung zur Gabe wird rechtlich nicht berücksichtigt. Ob das Eine oder Andere anzunehmen sei, müssen die Umstände ergeben[17a]), z. B. bei dem donare sub ea causa, ut Stichum emeret.

17) fr. 9. de praescr. v. — 17a) arg. fr. 18. §. 2. fam. erc.

fr. 2. §. 7. de donat. Neben der condictio ob causam non secutam hat der Schenker auch eine actio praescriptis verbis auf Erfüllung[17b].

2. *Stipulatio mortis causa* wird bei Festus h. v. definirt:

> *Mortis causa stipulatio* existimatur fieri, ut ait Antistius Labeo, quae ita fit ut morte promissoris confirmetur; aut, ut quidam dixerunt, cujus stipulationis *mors* fuit *causa*.

Der Tod ist hier als causa gesetzt, weil der Schenkende dabei die juristische Absicht hat: quod habere se vult, quam eum cui donat, magisque cum cui donat, quam heredem suum. Wird diese Absicht verfehlt durch den früheren Tod des Beschenkten, so findet „causa non secuta" eine Kondiktion statt:

> nam ut *corporis* vel *pecuniae translatae*, ita *obligationis* constitutae mortis causa condictio est[18].

Als eigentliche Gegenleistung kann man hier die causa noch weniger ansehen, als bei der donatio sub modo. Auf den weiteren Begriff der *causa* oder *res* als eines Umstandes von vermögensrechtlichem Interesse macht ausdrücklich Paulus aufmerksam fr. 35. §. 3. de mort. c. donat.:

> Ergo, qui *mortis causa* donat, qua parte se cogitat, *negotium gerit*: scilicet ut, cum convaluerit, reddatur *sibi*. Nec dubitaverunt Cassiani, quin condictione repeti possit, quasi *re non secuta*, propter

17b) c. 8. de rer. permut. (4. 64.) c. 9. 22. donat. (8. 54.) — 18) fr. 76. de jure dot. (23. 3.) Außerdem wird die Stipulation m. c. erwähnt fr. 34. 24. 18. de m. c. donat. (39. 6.) fr. 11. de dote praeleg. (33. 4.) s. Liebe cit. 384—400.

hanc rationem, quod ea quae dantur, aut ita dantur *ut aliquid facias*, aut *ut ego aliquid faciam* aut *ut L. Titius*, aut *ut aliquid contingat*, et in istis condictio sequitur.

3. Auch die *promissio dotis* hat eine causa futura: „ut maritus onera matrimonii sustineat", und beziehungsweise, daß er die dos nach Trennung der Ehe restituire. In ähnlicher Weise kann z. B. auch eine acceptilatio [19]), delegatio, remissio debiti dotis causa erfolgen. Kommt die Ehe nicht zu Stande, so wird die promissio gleich der datio dotis kondizirt: „quasi *ob rem datum re non secuta* a sponso condicetur" [20]). Statt dessen heißt es in einer andern Stelle: ob matrimonium datum, matrimonio non copulato, und eben deshalb, weil dieser Zweck so lange dauert wie die Ehe, wird davon fr. 1. de jure dot. gesagt: *dotis causa perpetua* est.

4. fr. 58. pr. de solut. enthält folgendes Beispiel: Es zahlt Jemand eine Schuld an einen negotiorum gestor. Zweck der Zahlung ist, damit der Gläubiger sein Forderungsrecht aufgebe. Diese Befreiung erfolgt, wenn der Gläubiger ratihabirt. Die Aussicht auf Ratihabition ist also causa *futura;* bis sie erfolgt, findet wegen causa non secuta eine Kondiktion statt. In einem gleichartigen Fall, wenn einem falsus procurator gezahlt ist, heißt es fr. 14. de cond. caus. dat.:

— non enim quasi indebitum repetetur, sed quasi ob rem datum, *nec res secuta sit* ratihabitione non intercedente.

---

19) fr. 10. de cond. caus. d. (12. 4.) — 20) fr. 9. pr. fr. 6. 7. de cond. caus. d. (12. 4.)

Ein diesem analoges Beispiel einer promissio enthält fr. 46. de jure dot.:

> igitur *quamdiu* dominus *ratam promissionem habuerit,* incerti condictione consecuturam, ut promissione liberetur.

5. Es ist Jemand unter der Bedingung, einem Andern 100 zu geben, zum Erben eingesetzt. Das Geben dieser 100 ist datum ob causam, nämlich in der Absicht, künftig die Erbschaft zu erwerben. fr. 1. de cond. caus. dat.:

> Si *parendi conditioni causa* tibi dedero decem, mox repudiavero hereditatem, vel legatum, possum condicere. —

fr. 2. eod. sed etsi falsum testamentum vel inofficiosum pronuncietur, veluti *causa non secuta* condicam.

Auch diese causa futura kann für eine promissio vorkommen.

6. Es konferirt Jemand 100, weil er die Absicht hat, seinen Erbtheil zu erwerben. Auch dies ist datio oder promissio ex causa futura fr. 3. §. 5. de collat.

7. Paulus fr. 65. de cond. indeb. spricht von einem *datum* (promissum) *propter conditionem* im Unterschiede von datum ob causam. An sich hat die Beifügung einer Bedingung mit der causa nichts gemein. Allein es kann eine Verknüpfung zwischen beiden entstehen, wenn die causa als Bedingung in die Stipulationsformel gesetzt wird. So zunächst eine *causa praeterita,* z. B. si fundum tradidero, pretii nomine C. dare sp., und namentlich bei den Pönalstipulationen. Aber auch eine *futura* fr. 19. §. 5. 6. de donat.:

> Denique Pegasus putabat, si tibi centum spopon-

dero hac *conditione*, si jurasses, te nomen meum laturum; non esse donationem, quia *ob rem* facta est, *res secuta est.*

Der praktische Unterschied, ob die causa futura als Bedingung gestellt wird, oder einfach als causa im Hintergrunde liegt, ist der, daß dort ein Klagerecht aus der promissio erst mit Eintritt der Bedingung entsteht; — hier sogleich, jedoch unter Vorbehalt einer condictio ob causam non secutum.

Manchmal erscheint jedoch ob conditionem dare geradezu für ob causam dare[21]); namentlich in fr. 2. §. 7. de donat. wird die Bezeichnung conditio gerade dazu gebraucht, die juristische Absicht im Gegensatz der faktischen Veranlassung zu bezeichnen:

Titio X donavi *ea conditione, ut inde* Stichum sibi *emeret.* — Facti magis, quam juris, quaestio est. Nam si X Titio *in hoc dedi*, ut Stichum emeret, *aliter non daturus*, mortuo Sticho, condictione repetam. Si vero *alias quoque donaturus* Titio X, quia interim Stichum emere proposuerat, *dixerim*, in hoc me dare, ut Stichum emeret: *causa magis donationis*, quum *conditio dandae pecuniae* existimari debebit, et mortuo Sticho pecunia apud Titium remanebit.

8. Ferner gehört hieher die datio und promissio *transactionis causa.* Wer auf Grund eines Vergleichs promittirt[22]), handelt nach der Formel do ut facias, oder ut non facias. Die futura causa ist, wenn eine Gegen-

---

21) c. 22. cod. (8. 54.) c. 2. de pact. int. emt. (4. 54.) — 22) l. 28. fr. 23. de fideicomm. (6. 42.)



leistung bedungen ist, diese, — in jedem Fall aber, „ut a lite discedatur", d. h. für den Kläger, um nicht klagen zu müssen; für den Beklagten, um nicht belangt zu werden. c. 2. de transact. (2. 4.):

Etsi nulla fuisset quaestio hereditatis, tamen *propter timorem litis transactione interposita*, pecunia *recte* cauta intelligitur.

Zuweilen wird die promissio transactionis causa als besonderer Fall der futura causa ausgezeichnet: fr. 65. de cond. indeb. (12. 6.):

Sciendum est dari aut *ob transactionem*, aut propter conditionem, aut ob rem, aut indebitum. — Et quidem quod transactionis causa datur, *licet res nulla media fuerit*, non repetitur; nam si lis fuit, *hoc ipsum, quod a lite disceditur, causa videtur esse.*

Die Erreichung dieses Zwecks wird daher als causa secuta bezeichnet fr. 1. pr. de cond. caus. d.:

Si *ob rem* non inhonestam data sit pecunia, — ut *a lite discedatur, causa secuta* repetitio cessat;

und umgekehrt: non videtur *causa* secuta, quum transactioni non statur[23]).

Nicht zu verwechseln ist damit der Fall, wenn ich einen Vergleich auf gegenseitige Leistungen geschlossen, mein Versprechen erfüllt habe und nun vom Gegner mir die Gegenleistung stipulire. Im Augenblick der Stipulation war er mir schon aus dem Innominatkontrakt (dederam ut daret) verpflichtet, seine promissio ist ex antecedente causa. Diese Betrachtung führt uns

23) fr. 23. pr. §. 3. de cond. indeb. (12. 6.) vgl. fr. 3. pr. cond. caus. dat. (12. 4.)

9. zu dem generellen Prinzip einer Stipulation aus gegenseitigen Versprechungen. A. und B. schließen einen Tauschvertrag. Hat nun A. die Sache geliefert, und stipulirt dann die Gegenleistung, so erfolgt die Stipulation quasi solvendi causa. Ohnehin wäre die Gegenleistung mit einer actio praescriptis verbis klagbar gewesen[24]). Dieser Fall scheidet also, weil er zum Gebiet der antecedens causa gehört, hier aus.[25])

Hat dagegen A. noch nicht geliefert und B. promittirt, so geschieht dies nicht solvendi, sondern contrahendi causa. Wenn B. statt zu promittiren, die Sache gäbe, so wäre sein Geben ein do ut des, also Vorleistung, — eben so ist es seine promissio in diesem Fall. Er überträgt dem Gegner ein Forderungsrecht in sein Vermögen, in Erwartung einer Gegenleistung. Aus einem solchen spondeo ut des vel facias entspringen folgende Rechtsmittel:

a) Natürlich kann der stipulator auf die stipulirte Leistung klagen. Sind über die beiderseitigen Leistungen Stipulationen interponirt, so entsteht diese Klage gleichmäßig für beide[26]).

---

24) c. 4. 6. 34. de transact. (2. 4.) c. 9. de donat. (8. 54.) — 25) Daß das jus poenitendi hier wegfällt, erklärt sich daraus, weil der Geber ein klagbares Recht ex stipulatu hat, das datum also nicht ohne causa war, auch ehe die a. praescr. v. entstand. c. 4. de rer. permut.: Quum precibus tuis expresseris, placitum inter te et atium permutationis intercessisse, cumque fundum a te *datum* vendidisse, — si secundum fidem placiti stipulatio subjecta sit, successores ejusdem, cum quo contractum habuisti, convenire non prohiberis. Si vero nulla stipulatio intercessit, praescriptis verbis actio est, ut *vel fides placiti tibi servetur*, vel quod alterius accipiendi fundi gratia dedisti, *causa non secuta* restituatur. — 26) c. 4. pro socio. (4. 37.)

b) Der promissor umgekehrt hat, wenn die Gegenleistung ausbleibt, „causa non secuta" eine Kondiktion. c. 4. de cond. ob c. d.

si, quum exiguam pecuniam revera susciperes, longe majorem te accepisse *cavisti* (i. e. promisisti), eo quod *tibi patrocinium adversarius repromitteret:* quum dicas *fidem promissi non secutam,* ut libereris obligatione ejus, quod non acceptum *propter speratum patrocinium spopondisti* per condictionem consequeris. (vgl. Th. C. II. 29. c. 2. pr.)

c) Da das spondeo ut des vel facias gleichartig dem do ut d. v. f. erscheint, so könnte die Frage entstehen, ob nicht die promissio als wirksame causa des Gegenversprechens gelten und der promissor nach Weise eines Innominatkontrakts mit der a. praescriptis verbis auf die Gegenleistung klagen könne. Es scheint dafür die sonst so konstante Gleichstellung des dare und promittere zu sprechen. Ferner c. 3. de rer. permut.

Ex placito permutationis, nulla re secuta, constat *nemini* actionem competere, *nisi stipulatio subjecta* ex verborum obligatione quaesierit *partibus* actionem.

Mit der Klage für beide Theile kann indessen hier auch eine aus einer gegenseitigen Stipulation entsprungene gemeint sein. Noch unsicherer ist die Analogie aus fr. 9. de praescr. vv.

Ob *eam causam accepto liberatus*, ut nomen Titii debitoris delegaret, si fidem contractus non impleat, *incerti actione* tenetur.

Die hier erwähnte incerti actio ist wohl nicht die a. praescriptis verbis, sondern die condictio ob causam non se-

cutam. Soll incerti actio die praescriptis verbis bezeichnen, so pflegt sie als „*civilis* incerti a." bezeichnet zu werden. Die Zulässigkeit einer a. praescr. v. ist also jedenfalls zweifelhaft.

So viel aber ergiebt sich als unzweifelhaft, daß eine *promissio* aus solchen gegenseitigen Versprechungen als *stipulatio ex causa futura* behandelt wird. Bekannt und geläufig ist namentlich, daß wegen eines datum aus einer solchen Verabredung eine condictio *ob causam datorum* (futuram) stattfindet. Dies ist aber unvereinbar mit der Annahme einer naturalis obligatio. Entstände diese aus dem gegenseitigen Versprechen, so wäre sie *causa antecedens*, zu welcher die Stipulation, sei es novandi causa oder nicht, hinzuträte. Ferner müßte eine solche Naturalobligation sich irgend wie wirksam zeigen, namentlich durch soluti retentio. Wenn aber ein Theil erfüllt hat (dedi ut dares), so findet hier sogar ein willkührliches jus poenitendi auf Rückforderung des Gegebenen statt. Die Annahme einer Naturalobligation aus jedem nudum pactum ist daher wohl irrig. Man muß vielmehr unterscheiden die verschiedenen Klassen von Beredungen, welche die Bezeichnung pactum umfaßt.

**A. Verabredungen über Begründung selbstständiger Forderungsrechte.** Hieher gehört sowohl das einseitige pactum donationis, als gegenseitige Versprechungen (dabo faciam, ut des facias). Bei jenem läßt sich schon aus andern, von v. Meyerfeldt zusammengestellten Gründen keine Naturalobligation annehmen. Hier ist sie unvereinbar mit dem jus poenitendi und mit der Behandlung der Leistung als datum (promissum) ob causam *futuram*. Es entsteht aus solchem pactum also gar keine

Verbindlichkeit. Wo es am gehörigen Ausdruck des Willens fehlt, pflegt überhaupt gar kein Recht zu entstehen, z. B. aus der Willenserklärung auf Übertragung des Eigenthums ohne Tradition.

B. Negative *pacta* (de non petendo) sind keineswegs wirkungslos, sondern erzeugen nach prätorischem Recht eine exceptio. Zu diesem negativen Erfolge gehört überhaupt weniger, als um positiv eine Obligation zu konstituiren. Wenn daher eine acceptilatio in der Form mangelhaft ist, so wirkt sie doch als pactum de non petendo. fr. 27. §. 9. de pact.:

Si acceptilatio inutilis fuit, tacita pactione id actum videtur, ne peteretur. (fr. 8. de acceptil.)

Eine mangelhafte Stipulation dagegen hat gar keine Wirkung. fr. 1. §. 2. de V. O.:

Si quis ita interrogat: dabis? responderit: quidni? et is utique in ea causa est, ut obligetur. Contra, si sine verbis adnuisset. Non tantum autem civiliter, sed *nec naturaliter* obligatur, qui ita annuit: et ideo recte dictum est, non obligari pro eo nec fidejussorem quidem.

C. *Pacta adjecta*, welche sich modifizirend an eine schon vorhandene Obligation anschließen, und in dieser ihre *causa* haben. Bei bonae fidei Verträgen gelten sie, gleichzeitig inserirt, als klagbare Theile des Hauptvertrages. Ja auch bei Stipulationsurkunden mit der Schlußklausel: haec ita recte dari fieri etc. galt schon zu Papinians Zeit die Regel: pacta in continenti adjecta stipulationi inesse creduntur[27]); wobei es nicht

27) fr. 40. de R. C. (12. 1.)

Digitized by Google

einmal genau darauf ankam, ob die Nebenrede vor oder nach den verba solennia stand[28]). Sonst sind sie nicht klagbar, können aber doch wirksam sein. fr. 72. pr. de contr. emt.

Pacta conventa, quae *postea facta detrahunt* aliquid emtioni, contractui contineri videntur: quae vero *adjiciunt* credimus non inesse.

Es ist nämlich zu unterscheiden, ob sie bloß negativ dem Hauptvertrage derogiren, wo sie als wirksame pacta de non petendo zur Klasse B. gehören; oder ob sie positiv neue Leistungen hinzufügen, wo sie sich an die Klasse A. anschließen. Klagbar werden auch diese durch Stipulation, daher Paulus II. 22. §. 1. mit Recht sagen kann:

*Omnibus* pactis stipulatio subjici debet, ut ex stipulatu actio nasci possit[29]).

Allein selbst hier ist niemals die Rede davon, daß solcher Stipulation eine naturalis obligatio ex pacto antecedente zu Grunde liege*).

Es giebt eine conventio, bei welcher regelmäßig die Wirkungen eines positiven und negativen pactum zusammentreffen, nämlich die schon erörterte *transactio*. Sind dabei gegenseitige Leistungen stipulirt, und die eine Leistung wird erfüllt oder stipulirt, so entsteht daraus bald eine a.

---

28) c. 27. de pact. (2. 3.) — 29) c. 7. de pact. (2. 3.) ex stipulatu, si modo pacto subjecta est, dabitur actio. — *) Ausgenommen bei dem pactum über Zinsen c. 3. de usur.: Quamvis *usurae* foenebris pecuniae citra vinculum stipulationis peti non possunt, tamen ex *pacti* conventione solutae non ut indebitae repetuntur (c. 4. 22. eod. fr. 5. §. 2. de solut.). Allein auch hier ist es zweifelhaft, ob der Nachdruck auf usurae oder auf pactum liegt, d. h. ob die retentio Folge der Naturalobligation ex pacto ist, oder ob nicht überhaupt Folge der Natur der Zinsen. fr. 26. pr. de cond. indeb.

praescriptis verbis, bald eine condictio „causa non secuta". Aber auch ohne das liegt in der *transactio* ein negatives Moment: pactum de non petendo. Sie zeigt sich daher auch ohne konkurrirende datio oder promissio durch exceptio wirksam [30]). Folge davon ist, daß das datum ob transactionem nicht ohne Weiteres kondizirt werden kann; denn der Zweck „ut a lite discedatur" ist praktisch erreicht, so lange man sich gegen die Klage des Gegners mit einer exceptio pacti schützen kann; es ist also causa secuta, wenn nicht besondere Umstände eintreten. fr. 23. §. 3. de cond. indeb.:

Si quis post transactionem nihilominus condemnatus fuerit, dolo quidem id fit, sed tamen sententia valet; potuit autem — opponere doli exceptionem et ideo condemnatus repetere potest, quod ex causa transactionis dedit. *Sane quidem ob causam dedit; neque repeti solet, quod ob causam datum est, causa non secuta: sed hic non videtur causa secuta, quum transactioni non stetur. Quum igitur repetitio oritur, transactionis exceptio locum non habet, neque enim utrumque debet locum habere, et repetitio et exceptio.*

Hier tritt die positive und negative Wirkung erkennbar auseinander. Ebenso in dem Fall, wenn bei der Transaktion eine Gegenleistung ausbedungen war und nicht erfolgte. Hier kann der Transigent aus der alten Obligation klagen: der Gegner wird ihm zwar eine exceptio pacti opponiren, er

---

30) c. 6. de solut. (8. 43.) c. 21. de pact. (2. 3.) c. 11. de exc. n. n. p. (4. 30.) c. 6. de juris et f. ignor. (1. 18.) c. 34. de transact. (2. 4.)

diese aber durch eine Replik wegen der „causa non secuta" entkräften. c. 28. de transact.:

Si transactio interposita est, hunc servari convenit. Sed quoniam, ut certum quid accipias, convenisse te proponis, quamvis ex pacto non potuit esse actio, tamen rerum vindicatione pendente, si *exceptio pacti* opposita fuerit, doli mali vel in factum replicatione — uti poteris. (vgl. c. 21. de pact.)

Das negative Moment des pactum wirkt hier als exceptio, das positive als Replik.

Als Grundeintheilung geht also die hindurch, daß Konventionen entweder eine Obligation konstituiren, oder einer konstituirten Obligation derogiren sollen. Unter pactum schlechthin pflegen die Römer an die letztere Klasse der pacta de non petendo zu denken. Exceptio pacti bezeichnet sogar nie etwas Anderes. Eine gegenseitige Zusicherung heißt nie pact*um*, sondern könnte, da jedes Versprechen ein besonderes pactum bildet, nur durch pact*a* bezeichnet werden. Ein pactum, welches sich an eine sinnlich erkennbare causa anknüpft, wird nicht mehr (nudum) pactum genannt, sondern geht in ein „negotium" über. fr. 15. de praescr. vv.:

et quidem *conventio* ista (facio ut des) non est *nuda*, sed habet in se *negotium aliquod*, ergo civilis actio oriri potest, i. e. praescriptis verbis.

Mit diesen Voraussetzungen ist die bekannte Stelle Ulpians zu erklären fr. 7. de pact.:

Iuris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones.

Die hier aufgeworfene Frage ist nicht die, ob eine Civil-

oder Naturalobligation entstehe, sondern ob und welche Rechtsmittel.

Quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus, velut emtio venditio etc.

Die klagbaren Konventionen heißen also nicht mehr pacta, sondern contractus (qui consensu fiunt). Dazu kommt noch eine Erweiterung:

Sed et si in alium contractum res non abeat, subsit tamen causa, esse obligationem, ut puta dedi tibi rem ut aliam dares etc.

Hiemit ist nun aber die positive Funktion der conventiones erschöpft. Andere conventiones können als bloße „pacta" keine Obligation konstituiren, sondern nur einer Obligation derogiren:

Sed quum nulla subest causa propter conventionem, hic constat non posse *constitui* obligationem. Igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.

Also das pactum dient nicht dazu, Obligationen zu konstituiren (non constituit, non parit) — sondern um Obligationen unwirksam zu machen, parit exceptionem, sc. pacti. Es giebt keine actio pacti, sondern nur eine exceptio pacti. Ein Beispiel dieses Gegensatzes giebt fr. 41. de pact.:

Intra illum diem debiti partem mihi si solveris, acceptum tibi residuum feram, et te liberabo, licet *actionem non habet, pacti tamen exceptionem* competere debitori constat [31]).

Durch diese Erklärung, welche logisch und grammatisch zu-

---

31) vgl. fr. 27. §. 6—8. fr. 45. eod.

lässig sein möchte, wird der unauflösliche Widerspruch beseitigt, in welchen man durch Annahme einer Naturalobligation aus dem nudum pactum als solchem gerathen wird. Die Annahme einer solchen beruht nur auf dieser Stelle. Daß sie aus dem *nudum pactum* an sich entstehe, wird sonst nirgends gesagt. Die Bezeichnung in unserer Stelle aber: nudum pactum parit exceptionem, beweist einerseits nicht, daß jedes *pactum* eine exceptio hervorbringe, andererseits nicht, daß diese exceptio gerade Folge einer Naturalobligation sei. In dieser Annahme liegt vielmehr eigentlich eine petitio principii. Denn daß das „parit exceptionem" eine technische Bezeichnung der Naturalobligation sein solle, wird erst aus dieser Stelle selbst gefolgert.

Übersehen wir nach diesen Erörterungen noch einmal das Gebiet der Stipulation mit causa futura, so ergiebt sich als Merkmal derselben die Statthaftigkeit einer condictio causa data causa non secuta, wenn der beabsichtigte rechtliche Erfolg nicht eingetreten ist. In manchen Fällen, wenn die causa futura den Charakter einer wirklichen Gegenleistung hat, mögen die römischen Juristen dieses *spondeo* ut aliquid fiat nach Weise der Innominatkontrakte behandelt und eine actio praescriptis verbis gestattet haben. Sicher zu erweisen ist dies jedoch nicht. Alle Fälle der *causa futura* aber haben das gemein, daß eine *obligatio contracta* hier nicht voranging, daß also nicht *duae obligationes* vorhanden sind, wie bei der *stipulatio ex antecedente causa*, sondern daß durch die Stipulation als Vorleistung gewissermaßen erst kontrahirt wird, also *una obligatio* vorhanden ist.

Die interessanteste Anwendung dieser Grundsätze bleibt nun noch übrig:

10. im Fall des Darlehns. Schon oben ist bemerkt, daß ein contractus mutui causa *antecedens* einer Stipulation sein könne. Wie eine mancipatio symbolisch angewandt wurde, auch wenn eine wirkliche emtio zu Grunde lag; wie eine imaginaria solutio durch aes et libra neben wirklicher Zahlung vorkommt (Liv. VI. 14.: Inde rem creditori palam populo solvit, libraque et aere liberatum emittit), so kann dem fingirten creditum durch Stipulation auch eine wirkliche Darlehnsschuld zu Grunde liegen. Wenn nun das Darlehn gezahlt, also re contracta obligatio schon vorhanden ist, und dann der Gläubiger sich die Rückzahlung stipulirt, so tritt zu dieser selbstständigen Obligation als causa antecedens die Stipulation als zweite Obligation hinzu. fr. 9. §. 4. de R. C.:

> Numeravi tibi decem, et haec alii stipulatus sum; nulla est stipulatio: an condicere decem per hanc actionem possim, quasi *duobus contractibus intervenientibus, uno qui re factus est,* id est numeratione; *alio qui verbis*, id est inutiliter, quoniam alii stipulari non potui? et puto posse.

Wird novandi animo stipulirt, so liegt darin ein Austausch eines bestehenden Forderungsrechts *ex numeratione*, gegen ein Forderungsrecht *ex stipulatu*.

Die selbstständige Bedeutung der Stipulation macht indessen auch eine ganz andere Behandlung dieses Falles möglich. Sobald nämlich ein Darlehnsgeschäft projektirt wird, kann auch der künftige debitor mit der Stipulation den Anfang machen, z. B. fr. 30. de R. C.: Qui pecuniam creditam *accepturus spopondit* creditori futuro etc.; —

fr. 3. §. 4. fr. 6. ad SC. Maced.: Si a filiofamilias *stipulatus* sim, et patrifamilias facto crediderim; — fr. 4. quae res pign.: Titius quum mutuam pecuniam accipere vellet a Mevio, *cavit, deinde accepit pecuniam*. Eine solche Stipulation, da sie ihre causa (fingirtes creditum) in sich trägt, ist gültig und sogleich wirksam. Gaj. IV. 116.:

> Si stipulatus sim a te pecuniam, tanquam *credendi causa numeraturus, nec numeraverim*, eam pecuniam a te *peti posse* certum est, cum *ex stipulatu* tenearis.

Erst durch doli exceptio verschafft sich die im Hintergrunde liegende causa ihre Geltung. fr. 2. §. 3. de doli exc.:

> Et si, *quum interponeretur* (stipulatio,) *justam causam* habuit, tamen nunc nullam idoneam causam habere videtur (quum agat). Proinde si *crediturus pecuniam stipulatus est*, nec credidit, et si certa fuit *causa* stipulationis, quae tamen *aut non est secuta* aut finita est, dicendum est nocere exceptionem.

Wir würden in diesem Falle geneigt sein, das Versprechen als ein übereiltes anzusehen. Die römische Auffassungsweise ist dies nicht: *justam causam* promittendi habuit. Erst wenn die Zahlung ausbleibt und der stipulator doch klagt, erst dann handelt er dolose, weil zwar *certa* fuit *causa* stipulationis, quae tamen non *secuta* est. Die Römer behandeln diesen Fall also als promissio ex causa futura. Der *promissor* konstituirt ein Forderungsrecht, um von dem Andern eine Darlehnssumme zu Eigenthum zu erhalten (spondeo ut des). Es ist Austausch einer Obligation gegen Eigenthum beabsichtigt,

und dieser Austausch bildet ein Geschäft, *unum contractum, unam obligationem.* Bis die Valuta gezahlt wird, kann eine condictio causa data causa non secuta, oder eine exceptio doli die stipulatio unwirksam machen. Erfolgt die Zahlung, so ist nun *causa secuta*, die Stipulation kann wegen Mangels der causa futura nicht weiter angefochten werden. Insofern dient die Zahlung zur Erfüllung der Stipulation: implendae stipulationis causa numeratio intelligenda est fieri. fr. 7. de novat. Der Schuldner ist und bleibt nur verbis obligatus, und es tritt nicht etwa zur verborum obligatio eine zweite obligatio re contracta hinzu. Die stipulatio absorbirt vielmehr den Realvertrag und nimmt ihn als causa in sich auf.

Hier ist es nun aber, wo im gewöhnlichen Leben das Gebiet der antecedens und futura causa aneinanderstoßen. Bei einem solchen Geschäft hat nämlich jeder Theil das Interesse, daß der Andere mit seiner Leistung den Anfang mache. Der Gläubiger will nicht gern auszahlen, ehe der Schuldner die Zurückgabe versprochen; der Schuldner nicht gern promittiren, ehe der Gläubiger gezahlt hat. Jener wünscht die promissio, dieser die numeratio als Vorleistung. Dadurch werden gewöhnlich beide Akte möglichst nahe gerückt und nach der Absicht der Parteien zu einem gleichzeitigen Akt gemacht, nach der Regel: celeritate inter se conjungendarum actionum unam actionem occultari (fr. 3. §. 12. de donat. int. V.). Ein ähnliches Beispiel kommt in fr. 3. pr. de duob. reis vor, wo zwei Stipulationen, die nach der Absicht der Parteien ein Geschäft bilden sollen, als gleichzeitig behandelt werden, obgleich die eine der andern vorangegangen ist. Ähnlich heißt es fr. 6.

§. 3. de V. O.: *Modicum intervallum* temporis, item *modicus actus*, qui modo contrarius obligationi non sit, nihil impedit, — quia nec *longum spatium* interponitur, nec actus qui contrarius sit obligationi. Diese Gleichzeitigkeit findet nur dann ein Hinderniß: cum actor ad alia negotia discesserit vel promissor. (fr. 12. pr. de V. O.) Streng genommen wären freilich zwei Obligationen zu unterscheiden, wenn die numeratio auch nur um eine Sekunde der Stipulation vorangieng. Allein die Absicht der Parteien entscheidet hier für Annahme der Gleichzeitigkeit. Es entsteht also ein wahres Tauschgeschäft ἐκ χειρὸς εἰς χεῖρα. Ulpian fr. 6. §. 1. de novat.:

> Quum pecuniam mutuam quis dedit sine stipulatione *et ex continenti fecit* stipulationem, *unus contractus* est. Idem erit dicendum et si ante stipulatio facta est, *mox* pecunia numerata sit.

Pomponius fr. 7. eod.:

> Quum enim *pecunia mutuo data stipulamur*, non puto obligationem *numeratione nasci* et *deinde* eam *stipulatione novari;* quia id agitur, ut *sola stipulatio teneat*, *et magis implendae stipulationis causa numeratio intelligenda est fieri.*

Auch hier ist ein gleichzeitiges Geben gemeint. Genauer sollte es heißen: pecuniam mutuo *dantes* stipulamur, wie bei Paulus fr. 126. §. 2. de V. O.

> Nam quoties pecuniam mutuam *dantes*, eandem *stipulamur*, *non duae obligationes nascuntur, sed una verborum. Plane si praecedat numeratio, sequatur stipulatio*, non est dicendum *recessum a naturali obligatione.*

Mit der naturalis obligatio ist die ex numeratione ge-

meint. Ist diese als selbstständiges Geschäft vorangegangen, so bildet sie einen Realkontrakt, zu welchem die Stipulation hinzutritt; während sie dort durch die obligatio ex stipulatu absorbirt wird (recessum est a naturali obligatione). Der Fall der gleichzeitigen numeratio also schließt sich insofern an den Fall der futura numeratio an, als in beiden *una obligatio* vorhanden ist. Es sind daher nur zwei Hauptfälle zu unterscheiden:

a) Die Darlehnszahlung geht der Stipulation nicht voran, mag sie gleichzeitig oder später erfolgen. Hier ist juristisch nur ein Geschäft vorhanden: die Stipulation, zu welcher die Zahlung nur als causa ergänzend (implendae stip. causa) hinzutritt.

b) Das Darlehnsgeschäft geht vorher, und nachdem der Realkontrakt perfekt geworden, tritt die Stipulation hinzu. Hier sind zwei Geschäfte. Erfolgt die Stipulation in der Absicht, zu noviren, so wird freilich der Realkontrakt dadurch aufgehoben. Fehlt diese Absicht, so stehen zwei klagbare Kontrakte nebeneinander. Die mutui datio ist nicht nur causa der Stipulation, sondern auch als Realkontrakt selbstständig klagbar. Beide Klagen konkurriren.

Wann der eine oder andere dieser beiden Hauptfälle eintritt, hängt von der Absicht der Parteien ab; ob sie sich nämlich das Darlehnsgeschäft bei Eingehung der Stipulation schon als perfekt denken oder nicht.

## §. 5.

## Doli exceptio wegen mangelhafter causa.

Die Stipulation bedarf zur Begründung eines Forderungsrechts nicht erst einer Ermittelung der äußern Um-

Digitized by Google

stände der Verpflichtung. Mochte ein Konsensual-, ein Realkontrakt oder eine andere Obligation, mochte Schenkung oder eine futura causa im Hintergrunde liegen; mochte von Anfang an eine causa fehlen, oder konnte sie nicht zu Recht bestehen, oder waltete eine irrige Voraussetzung ob, oder blieb die erwartete causa aus: — das strenge Civilrecht nimmt auf diese inneren Mängel keine Rücksicht. Wohl aber vermittelt das prätorische Recht die aequitas mit dem strictum jus durch eine doli exceptio, d. h. die Stipulation begründet zwar ein Forderungsrecht; wenn es aber zur Kondemnation kommen soll, so wird dasselbe auf Anrufen des Beklagten unwirksam gemacht, — elidirt. Gajus IV. 116.

Comparatae sunt exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur; saepe enim accidit, ut quis *jure civili teneatur*, sed *iniquum sit, eum judicio condemnari; velut si stipulatus sim a te pecuniam, tamquam credendi causa numeraturus,* nec numeraverim; nam eam pecuniam a te peti posse certum est; dare enim te oportet, quum *ex stipulatu tenearis, sed quia iniquum est, te eo nomine condemnari,* placet, per *exceptionem doli mali* te defendi debere.

Übereinstimmend, ja noch bestimmter lautet die entsprechende Institutionenstelle. Das hier zu Grunde liegende Prinzip gehört wohl unzweifelhaft dem prätorischen Recht an. Zwar kann auch ein civilrechtlicher Satz in die prozessualische Gestalt einer Einrede gebracht werden. Gajus IV. 118.:

Exceptiones autem omnes vel ex legibus (z. B. aus der L. Cincia) vel ex his quae *legis vicem*

optineat (z. B. aus SCtum. Maced.) substantiam capiunt, vel ex *jurisdictione praetoris* proditae sunt. Allein die Fälle der aus Prinzipien des Civilrechts entnommenen Einreden bilden die seltneren, ziemlich leicht erkennbaren Ausnahmsfälle. Wenn nun aber Gajus in obiger Stelle und Ulpian in fr. 2. §. 3. de doli exc. gerade eine doli exceptio wegen mangelhafter causa stipulationis als Normalbeispiel anführt, wo Jemand zwar *jure civili teneatur, tamen iniquum sit eum condemnari*, so ist wohl unbedenklich diese Einrede in das Gebiet des prätorischen Rechts zu setzen; worauf auch die bekannte Notiz bei Cicero (off. III. 14. nat. deor. III. 15.) hinweist: Aquillius collega, et familiaris meus, nondum *protulerat de dolo malo formulas* (vergl. fr. 4. §. 33. de doli exc.). Am generellsten ist das Prinzip ausgesprochen bei Ulpian fr. 2. §. 3. de doli exc.

> Si quis *sine causa ab aliquo fuerit stipulatus*, deinde ex ea stipulatione experiatur, *exceptio utique doli mali ei nocebit;* licet enim eo tempore quo stipulabatur nihil dolo malo admiserit, tamen dicendum est, dolo facere, qui perseveret ex ea stipulatione petere. Et si, *quum interponeretur, justam causam* habuit, tamen *nunc* nullam justam causam habere videtur. Proinde et si crediturus pecuniam stipulatus est, nec credidit, et si certa fuit causa stipulationis, quae tamen aut non est secuta aut finita est, dicendum erit nocere exceptionem.

Eben so generell fr. 15. de fidejuss: Si *stipulatus* esses a me *sine causa* etc. Es ergiebt sich auch hier der oben durchgeführte Gegensatz:

1. einer *doli exceptio* wegen mangelhafter *causa antecedens.* Beispiele enthält fr. 7. pr. de doli exc.:

Julianus ait, si pecuniam, *quam me tibi debere existimabam,* jussu tuo *spopondcrim,* cui donare volebas, *exceptione doli* mali potero me tueri; et praeterea *condictio* mihi adversus stipulatorem competit, ut me liberet.

c. 15. de fidejuss.:

Si *indebitam pecuniam,* quasi ex causa fidejussionis obstrictus, in cautionem per errorem deduxisti, tam *doli mali exceptione* uti, quam *condicere,* ut obligatio tibi accepto feratur, potes.

fr. 5. §. 1. de act. emti:

Si *falso existimans se damnatum, dare promisisset,* agentem *doli mali* exceptione summoveret.

fr. 7. §. 1. de doli exc.:

Item Julianus ait, si ei, quem *creditorem tuum putabas,* jussu tuo pecuniam, quam me tibi debere existimabam, *promisero,* petentem *doli mali* exceptione summoveri debere.

Ein Beispiel, in welchem durch Betrug des Gegners eine indebita pecunia in stipulatum deducitur, enthält fr. 36. de V. O. Zwang, Betrug und Irrthum, überhaupt die Mängel, an welchen nach den Grundsätzen des materiellen Rechts das zu Grunde liegende negotium leidet, machen sich auf diesem Wege gegen die formelle Kraft der Stipulation geltend. Nur wer bewußt ein indebitum stipulirt, hat weder die Einrede, noch die Kondiktion, — weil er schenken will. fr. 47. de oper. libert.: Qui *sciens indebitum* promisit, condictionem non habet. fr. 24. de cond.

indeb.: Qui quum *sciret* exceptionem sibi profuturam, prouisit aliquid, condicere non potest.

2. Das Hauptbeispiel einer *doli exceptio* wegen *causa futura non secuta* ist: si quis accepturus mutuam pecuniam spoponderit. Gerade dies wird als Hauptbeispiel der doli exceptio in den oben angeführten allgemeinen Stellen von Gajus und Ulpian hervorgehoben. Man mag daraus schließen, wie häufig und wichtig dieser Fall war. Auch benutzt Gajus an einer andern Stelle gerade diesen Fall, um daran zu zeigen, wie eine doli exceptio in der Formel gefaßt werde. Gaj. IV. 119.

> Nam si verbi gratia dolo malo aliquid actorem facere dicat, quod *fraudis causa pecuniam petat, quam non numeraverit*, sic exceptio concipitur: Si in ea re nihil dolo m. Auli Agerii factum sit neque fiat.

Eine praktische Anwendung enthält fr. 4. quae res pign.: Titius hat dem Mevius die Zahlung einer Summe durch Stipulation versprochen (cavit), in Erwartung eines Darlehns. Bis zur Zahlung der Valuta ist die Stipulation *per (doli) exceptionem inanis*. Ein dafür bestelltes Pfand wird also erst verhaftet im Augenblick der gezahlten Valuta. Das Pfandrecht selbst ist dadurch bedingt. Diese Bedingung wird nicht retrotrahirt, weil es eine Potestativbedingung ist. Wenn also der Schuldner in der Zwischenzeit das Pfand an einen dritten verkauft und tradirt hat, so geht der Käufer vor, weil das kollidirende Pfandrecht erst später gültig wird, nachdem er schon Eigenthümer war: —

> Respondit, quum in potestate fuerit debitoris, post cautionem interpositam pecuniam non accipere, *eo*

*tempore pignoris obligationem contractam videri, quo pecunia numerata est,* et ideo inspiciendum, quas res in bonis debitor numeratae pecuniae tempore habuerit.

In ähnlicher Weise wird jene doli exceptio wegen non numerata pecunia angedeutet fr. 30. de R. C., ausdrücklich erwähnt fr. 1. §. 2. de stip. serv. und fr. 29. pr. mand. In letzterer Stelle wird sie als *exc. doli vel non numeratae pecuniae* bezeichnet. Zur Erläuterung dessen sagt Ulpian fr. 4. §. 16. de doli exc.:

> Adversus parentes patronosve neque doli exc. neque alia quidem, quae patroni parentisve opinionem apud bonos mores suggillet, competere potest; *in factum* tamen erit *excipiendum,* ut si forte *pecunia non numerata dicatur,* objiciatur *exceptio non numeratae pecuniae* [1]).

Die exceptio n. n. p. ist also ihrem Wesen nach nichts Besonderes. Die doli exceptiones können in factum konzipirt werden, wenn der Kläger eine Respektsperson ist, oder wenn „talis ignorantia sit in eo, ut dolo careat" [2]). Überhaupt stehen beide Fassungen im unmittelbarsten Zusammenhange. Jede Einrede, die sonst in factum konzipirt zu werden pflegt, kann auch umgekehrt als doli exceptio bezeichnet werden. fr. 2. §. 5. de doli exc. [3]):

Et generaliter sciendum est, *ex omnibus in fa-*

1) fr. 11. §. 1. fr. 12. 13. pr. §. 1. de dolo m. (4. 3.) fr. 2. pr. de obsequ. parent. (37. 15.) fr. 177. §. 1. de R. J. (50. 17.) fr. 4. §. 8. 33. de dol. m. exc. (44. 4.) fr. 7. §. 18. fr. 10. §. 2. fr. 21. §. 1. 2. fr. 25. §. 2. de pact. (2. 14.) — 2) fr. 3. §. 5. de doli exc. — 3) fr. 10. §. 2. de pact (2. 14.) fr. 12. de doli exc. (44. 4.)



*ctum exceptionibus doli oriri exceptionem, quia dolo facit,* quicunque id, quod quaque exceptione elidi potest, petit; nam etsi inter initia nihil dolo malo facit, attamen *nunc petendo facit dolose,* nisi sit talis ignorantia in eo, ut dolo careat.

Die exceptio non numeratae pecuniae erscheint hier also nur als eine doli exceptio in factum concepta, und umgekehrt die doli exceptio als eine generell gefaßte exc. n. n. p., quia *dolo facit qui non numeratam pecuniam petit.* Ein Unterschied Beider ist nirgends angedeutet, vielmehr ergeben alle Stellen, daß diese Einrede als gewöhnliche perpetua exceptio stattfindet.

Die doli exceptio wegen mangelhafter causa, sei es praeterita oder futura, gehört jedenfalls zu den wichtigsten Fällen der doli exceptio überhaupt. Es könnte unter diesen Umständen fast auffallen, daß sie in den Pandekten nicht häufiger, in dem Codex außer dem Fall des Darlehns direkt gar nicht erwähnt wird. Zur Erklärung möchte Folgendes dienen:

a) Schon oben ist bemerkt, daß die causa auch als Bedingung gesetzt werden kann, z. B. si fundum tradideris, C. dare spondes? Hier kommt die doli exceptio nicht zum Vorschein. Denn es kann schon ipso jure nicht eher geklagt werden, bis der Eintritt der Bedingung nachgewiesen wird. Auch die Formel: Quantam pecuniam tibi intra illum diem credidero, tantam dare spondes? wurde wohl ebenso behandelt, kommt indessen nur einmal in unseren Quellen vor: fr. 18. §. 3. de stip. serv. Auch wenn eine turpis causa aus der Stipulationsformel ersichtlich war, galt diese schon ipso jure als nichtig. fr. 23. de V. O.

b) Ebenso wenn die Stipulation als *specialis* gefaßt

war: Quidquid ex causa emtionis dare facere oportet, — brauchte die doli exceptio wenigstens nicht in der Formel zu stehen, da der judex auch ohne das die Mängel der früheren Obligation bei Abmessung des: quidquid dare facere oportet zu berücksichtigen ermächtigt war. Manche Stipulationen ließen sich wohl kaum anders als entweder so, oder bedingt gefaßt denken, z. B. wenn Jemand für den Fall des Erwerbs der Erbschaft seinem künftigen Miterben die Kollation verspricht: fr. 3. §. 5. de collat.:

Emancipatus praeteritus, si, dum deliberat, *caverit* de bonorum collatione, nec B. Pnem petierit, agente fratre ex stipulatu, *ipso jure* tutus erit.

So wurde auch die stipulatio dotis von den römischen Juristen behandelt. fr. 4. §. 2. de pact.:

Hujus rei argumentum etiam stipulatio *dotis causa* facta est, nam ante nuptias male petitur, quasi si hoc expressum fuisset; et nuptiis non secutis *ipso jure* evanescit stipulatio; —

— zu verbinden mit fr. 21. de jure dot.:

Stipulationem, quae *propter causam dotis* fiat, constat habere in se conditionem hanc, si *nuptiae fuerint secutae*, et ita demum ex ea agi posse, quamvis non sit expressa conditio: *si nuptiae*, constat; quare si nuntius remittatur, defecisse conditio stipulationis videtur.

c) Die *doli clausula:* dolumque malum abesse afuturumque esse, bewirkte, daß der judex jene doli exceptio auch dann zu berücksichtigen hatte, wenn sie nicht in der Formel stand. Es entsprang daraus überdies eine actio ex stipulatu auf das Interesse. c. 2. de recept.: adversus filium agentem ex stipulatu *exceptione doli mali*

uti poteris. *Sed et ex doli clausula,* quae compromissi stipulationi subjici *solet,* filiam tuam convenire non vetaberis. Selbst Respektspersonen gegenüber ließ man sich de dolo faviren. fr. 4. §. 16. de doli exc.:

> In stipulatione sane doli clausula non erit (adversus patronos parentesve) detrahenda, quia *ex doli clausula* non de dolo actio intenditur, *sed ex stipulatu.*

Dieser Anspruch auf das Interesse mußte natürlich vom judex in judicio berücksichtigt werden, wodurch das judicium den Charakter der Zweiseitigkeit wie bonae fidei Klagen erhielt. Erst wenn die Klausel fehlte, bedurfte es einer ausdrücklichen, in die Formel gesetzten doli exceptio. fr. 31. de rec. qu. arb.:

> Quodsi hujusmodi clausula in compromisso *adscripta non est, tum de dolo actio vel exceptio locum habet.* Hoc autem compromissum *plenum* est, quod doli clausulae habet mentionem.

Wie zu dem vollständigen Formular eines Kompromisses die doli clausula gerechnet wurde, so weist auch ihre häufige Erwähnung im Titel de verborum obligationibus (fr. 22. fr. 38. §. 13. fr. 53. 119. 121.), die technische Bezeichnung als „clausula doli" und ihr regelmäßiges Vorkommen in den erhaltenen Formularen vollständiger Urkunden auf einen ungemein häufigen Gebrauch hin.

d) Auch wenn etwa die doli clausula fehlte, so konnte durch die in den Stipulationsformularen übliche Klausel *recte* (dari fieri) eine gleichartige, sich den bonae fidei judiciis annähernde Wirkung hervorgebracht werden:

> Haec verba in stipulatione posita: *eam rem recte*

*restitui*, fructus continent. Recte enim verbum pro viri boni arbitrio est. (Ähnlich „fide", „probe")[4]). Schon in der Lex Galliae Cisalpinae kommt eine solche Weise vor, dem strengen judicium aus der Stipulation die Wirkungen eines b. f. judicium mitzutheilen.

Eine ausdrückliche Erwähnung in der Formel scheint also nur da nöthig und üblich gewesen zu sein, wo eine stipulatio vulgaris ohne die übliche clausula doli und ohne den Zusatz recte, probe, auf ein einfaches *C. dare spondes* ging. Daß dies am häufigsten beim Gelddarlehn vorkam, ist leicht erklärlich, und eben deshalb die häufige Erwähnung der exc. doli bei diesem.

## §. 6.

## Condictio wegen mangelhafter causa.

Die doli exceptio hat eine condictio neben sich. Weil der promissor, von seinem Gegner belangt, sich durch Einrede hätte schützen können, ebendeshalb kann er folgerecht eine geleistete Zahlung wegen mangelhafter causa kondiziren: „*repetit*, exigi enim ab eo non potuit." (fr. 52. solut. matr.) Daher die bekannte Regel: exceptio perpetua parit condictionem. (fr. 26. §. 7. de cond. indeb.)

So lange nicht gezahlt ist, erscheint der promissor zwar durch seine doli exceptio gesichert und könnte die Klage abwarten. Er hat jedoch nicht nöthig, sich dabei zu beruhigen. Denn der Einrede ungeachtet hat sein Gegner nach jus civile ein Forderungsrecht, er ist „sine causa" dadurch

4) fr. 73. de V. S. v. Savigny System V. 495—98. Huschke de actionum formul. p. 27—31. Brissonius de formul. VI. 180.



reicher geworden, und diese Bereicherung kann ihm durch die condictio wieder entzogen werden. Am allgemeinsten spricht dies Prinzip Julian aus fr. 3. de cond. sine c.:

Qui sine *causa obligantur, incerti condictione* consequi possunt, *ut liberentur;* nec refert omnem quis obligationem *sine causa* suscipiat, an majorem quam suscipere cum oportuerit; nam *si quidem nullam causam promittendi habuit, incerti condictione consequitur, ut tota stipulatio accepto fiat;* at si quum quinque promittere deberet decem promisit, incerti consequetur, ut quinque liberetur.

Den bestimmten Kausalzusammenhang dieser Kondiktion mit der doli exceptio wegen mangelhafter causa ergiebt fr. 9. §. 1. de condict. caus. dat.:

Si quis indebitam pecuniam per errorem jussu mulieris sponso ejus *promisisset,* exc. doli mali uti non potest — adversus maritum: *itaque* adversus mulierem condictio ei competit, *ut aut repetat ab ea, quod marito dedit, aut ut liberetur,* si nondum solvit.

fr. 7. §. 1. de doli exc.: Item Julianus ait, si ei, quem creditorem tuum putabas, jussu tuo pecuniam, quam me tibi debere existimabam, *promisero,* petentem doli *mali exceptione* summoveri debere; *et amplius agendo* cum stipulatore consequar, ut acceptam faciat stipulationem; et habet haec sententia Juliani humanitatem, ut etiam adversus hunc utar *exceptione et condictione,* cui sum obligatus;

fast wörtlich so lautet fr. 2. §. 4. de donat. Ferner ergiebt die Wendung: *tam* doli mali exceptione uti, *quam*

condicere, ut obligatio tibi accepto feratur, eben diesen Kausalzusammenhang. fr. 7. de doli exc. c. 15. de fidej.

Die Kondiktion geht auf Liberation: condicere *liberationem*, obligationem, *condictio liberationis* kommen überaus häufig und synonym vor [1]). Weil sie auf ein dare facere geht, gehört sie zu den condictiones *incerti*, während Rückforderung des **Gezahlten** mit einer cond. certi verlangt wird. fr. 12. de novat.:

> is qui delegavit tenetur condictione vel *incerti* si non pecunia soluta esset, vel *certi*, si soluta esset.

Die Mangelhaftigkeit der causa wird hier wie bei der doli exceptio allgemein durch „sine causa" bezeichnet. Auch hier tritt der Dualismus der causa antecedens und futura hervor. Die „causa finita" bildet eigentlich keinen Gegensatz zu beiden; denn ein nachträgliches Wegfallen kann bei beiden vorkommen [2]).

I. **Die** *Condictio* **wegen mangelnder** *causa antecedens,* heißt cond. *indebiti,* auch wohl generell *sine causa.* Beispiele sind: fr. 31. de condict. indeb.:

> Is qui plus quam hereditaria portio efficit, per errorem creditori *caverit, indebiti promissi* habet condictionem.

---

1) Condicere *liberationem* fr. 1. pr. ut in poss. legat. (36. 4.) cond. *obligationem* fr. 1. pr. cond. s. caus. (12. 7.) incerti condictione consequi, ut *liberentur.* fr. 5. §. 1. de act. emti (19. 1.) fr. 24. de cond. indeb. (4. 5.) c. 4. cond. eod. condictio *liberationis.* c. 1. de err. calc. (2. 5.) incerti condictione compellere, *ut acceptum faciat* stip. fr. 2. de donat. (39. 5.) — 2) Beispiele der causa finita: fr. 1. §. 2. fr. 2. 3. pr. §. 1. de cond. caus. dat. (12. 4.) fr. 1. 2. de cond. sine caus. (12. 7.) fr. 26. §. 7. de cond. indeb. (12. 6.) fr. 11. §. 6. de act. emt. (19. 1.) fr. 23. pr. de cond. indeb. (12. 6.)



c. 15. de fidej. (8. 41.): Si indebitam pecuniam in cautionem per errorem deduxisti, *tam doli mali exceptione* uti, *quam condicere ut obligatio tibi accepto feratur* potes.

c. 2. de cond. indeb. (4. 5.): Si citra ullam transactionem *indebitam pecuniam* alieno creditori *promittere* delegata es, adversus eam quae te delegavit, *condictionem* habere potes.

Auch wenn Jemand ein vermeintlich früher erhaltenes Darlehn (etwa in der Meinung, der Gläubiger habe die versprochene Summe seinem Bevollmächtigten ausgezahlt) zu zahlen verspricht, wird er diese condictio *indebiti* anstellen.

**II.** Die *condictio* wegen einer *causa futura non secuta* wird als condictio *ob causam datorum* bezeichnet, in der Rubrik der Digesten als condictio causa data causa non secuta; obwohl auch die allgemeine condictio sine causa diesen Fall mit umfaßt. fr. 1. de cond. sine causa:

Qui autem *promisit sine causa*, condicere quantitatem non potest, quam non dedit, sed ipsam obligationem. Sed etsi *ob causam* promisit, causa tamen secuta non est, dicendum est condictionem locum habere. Sive *ab initio sine causa promissum est*, sive fuit causa promittendi, quae finita est, *vel secuta* non est, dicendum est condictioni locum fore.

Beispiele derselben sind bei dem do, ut des vel facias ungemein häufig. Aber auch für die stipulatio ex causa futura sind deren oben erwähnt: die Kondiktion eines promissum ratihabitionis, collationis, mortis causa, ob patrocinium repromissum, namentlich aber dann: si quis crediturus pecuniam stipulatus est nec credidit. Zu-

wei-

weilen wird diese condictio jener ex antecedente causa bestimmt entgegengesetzt. fr. 14. de cond. caus. dat.:

non quasi *indebitum* datum *repetetur*, sed *quasi ob rem datum*, nec res secuta sit.

Da jedoch die Wirkung der Kondiktion praktisch in beiden Fällen dieselbe ist, legen die römischen Juristen selbst kein großes Gewicht darauf. fr. 4. de cond. sine c.:

*Nihil refert* utrumne *ab initio* sine causa quid datum sit, an causa, propter quam datum sit, *secuta* non sit.

Vielmehr beschäftigen sich die Juristen häufiger mit der inneren Beschaffenheit des Mangels, wodurch abstraktere Bezeichnungen entstehen, z. B. fr. 54. cond. indeb.:

Ex his omnibus causis, quae *jure non valuerunt*, vel *non habuerunt effectum*, secuta per errorem solutione *condictioni* locus erit.

Diese Bezeichnungen umfassen diejenigen Fälle mit, wo aus besondern Gründen auch ein datum und promissum *donandi causa* kondizirt wird. fr. 6. de donat. iat. V.:

Quod ex non concessa donatione retinetur, id aut sine causa, aut ex injusta causa retineri intelligitur; ex quibus causis condictio nasci solet.

Die Begriffe sine causa, injusta, falsa, turpis causa bilden eine Reihe materieller Grundsätze über Mangelhaftigkeit der causa, namentlich über den Einfluß des Irrthums bei Vermögenszuwendungen, welche nicht sowohl bei der doli exceptio, sondern mit Vorliebe bei den Kondiktionen zur Sprache kommen, weil diese ganze Theorie überwiegend der Thätigkeit der Juristen ihre Ausbildung verdankt. Alle diese Kondiktionen setzen eine Vermögenszuwendung voraus. Als Zuwendung (id quod ad alium pervenit) gilt das

promissum ebensowohl als das datum. Wird dort eine Sache, so wird hier ein Forderungsrecht in das Vermögen des andern Theils übertragen: habetur enim quod peti potest. Daher heißt es allgemein fr. 1. §. 4. de cond. sine c.:

Constat id demum posse condici alicui, quod vel ex non justa causa *pervenit* ad eum, *vel quod redit ad non justam causam.*

fr. 66. de condict. indeb. Haec condictio (indebiti) ex bono et aequo introducta, quod alterius *apud alterum sine causa deprehenditur,* revocare consuevit (d. h. das datum wie das promissum).

fr. 49. de V. S. Aeque *bonis adnumerabitur,* etiamsi quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus.

Daher wird auch sonst Vermögenserwerb durch Tradition und Stipulation nebeneinander gestellt. fr. 10. §. 1. de acquir. rer. domin.:

Quod servi traditione *nanciscuntur, sive* quid *stipulentur.*

fr. 6. de V. O. Is, cui bonis interdictum est, *stipulando sibi acquirit; tradere* vero non potest vel promittendo obligari.

Ja das stipulari wird ausdrücklich als ein augere bona (durch Hinzukommen eines Forderungsrechts), das promittere als ein deminuere bona bezeichnet. fr. 32. pr. ad leg. Falcid.:

Si quis ita *stipulatus esset,* ut cum moreretur, deberi ei inciperet, *augerentur bona ejus,* quemadmodum, si ipse sub eadem conditione *promisisset,* defuncto eo *minuerentur.*

Daher die Wendung *pervenit aliquid* ad maritum ex obligatione (libertis imposita) fr. 24. §. 4. solut. matr.

Daher die Vergleichung der promissio mit der solutio fr. 31. de novat. und Seneca de benef. VI. 5.

Nam et *pecuniam dicimur reddidisse*, quamvis numeraverimus pro argenteis aureos, quamvis non intervenerint nummi, sed delegatione *et verbis perfecta solutio sit.*

Daher endlich die nicht hinreichend beachtete, aber durchgängig den römischen Juristen geläufige, und mit römischer Konsequenz durchgeführte, Parallelisirung des datum und promissum aus einer mangelhaften causa. Ulpian knüpft hieran eine theoretische Eintheilung der Kondiktionen. fr. 1. pr. de condict. s. c.:

Est et haec species condictionis, si quis *promiserit*, vel si *solverit* quis indebitum. Qui autem *promisit* sine causa, condicere quantitatem non potest, quam non dedit, sed ipsam obligationem.

fr. 76. de jure dot. Ut corporis vel *pecuniae translatae, ita obligationis* constitutae (mortis causa) condictio est.

fr. 8. §. 3. ad SC. Vell. Interdum intercedenti mulieri et condictio competit, puta si contra SCtum obligata debitorem suum delegaverit; nam hic ipsi competit *condictio, quemadmodum, si pecuniam solvisset, condiceret; solvit enim et qui reum delegat.*

Eine Reihe von Beispielen zeigt die Geläufigkeit dieser Vergleichung[3]).

---

3) fr. 20. §. 1. de donatt. Qui, quod per Falcidiam retinere poterat, *spopondit se daturum*, magis est, ut non possit suae *confessioni* obviare. Quemadmodum enim, si *solvisset*, nulla ei repetitio concessa fuerat, ita et *stipulatione* procedente. fr. 12. de novat.



Digitized by Google

In allen Titeln von den Kondiktionen ist ziemlich ohne Unterschied von dem *sine causa promissum*, *datum* oder *solutum* gehandelt. So in den Titeln über die condictio

---

Si per ignorantiam promiserit creditori (debitor delegatus qui exceptione se tueri potuisset): is qui delegavit tenetur *condictione, vel incerti si non pecunia soluta esset, vel certi si soluta esset.* — fr. 26. §. 1. de cond. indeb. Supra duplum autem et usurarum usurae *nec in stipulatum deduci*, nec exigi possunt, *et solutae repetuntur.* — fr. 41. ibid. Quod pupillus sine tutoris auctoritate (sive) *stipulanti promiserit* (sive) *solverit, repetitio est.* — fr. 5. §. 5. de doli exc. Itaque *condictione* tenetur debitor, *ut vel liberet debitorem, vel si solvit, ut pecunia ei reddatur.* — fr. 47. de oper. libert. Qui sciens indebitum *promisit* vel *solvit*, Condictionem non habet. — fr. 9. §. 1. de cond. caus. dat.: ut *aut repetat.* quod dedit, *aut ut liberetur* si nondum solvit. — fr. 78. §. 5. de jure dot. Habebit condictionem, ob id quod marito indebitum *promisit* aut *solvit.* — fr. 46. pr. de jure dot. Si dotem *dedit promisitve*, condictio est. — c. 2. de constit. pec. condictiones, quae *et pecunias indebitas et promissiones* corrumpi et restitui definiunt. Auch die Acceptilation wird in diese Vergleichung hineingezogen. fr. 3. §. 10. de donat. int. V.: Proinde et si corpus sit, quod donatur, nec traditio quidquam valet. Et si stipulanti promissum sit, vel accepto latum, nihil valet. — fr. 10. de condict. c. d. c. n. s. Si mulier ei cui nuptura erat cum dotem *dare* vellet, pecuniam quae sibi debebatur *acceptam fecit*, neque nuptiae insecutae sunt, recte ab eo pecunia condicetur; *nihil enim interest*, utrum ex *numeratione pecunia ad eum sine causa, an per acceptilationem pervenerit* (fr. 4. eod.) — Selbst in den Fällen, in welchen ausnahmsweise nicht das datum, wohl aber das promissum kondizirt werden kann, werden regelmäßig beide der Vergleichung wegen zusammengestellt, z. B. fr. 26. §. 12. de cond. indeb. Sed *si delegatus sit* a patrono (libertus) in officiales operas — non teneri eum. *Sed si solverit* officiales delegatus, non potest condicere. — fr. 8. de condict. o. t. c. (12. 5.): Si ob turpem causam *promiseris* Titio, quamvis, si petat, exceptione doli mali vel in factum summovere eum possis, tamen si *solveris*, non posse te repetere. Andere Beispiele sind schon im Verlauf dieser Abhandlung gelegentlich vorgekommen, noch andere werden später vorkommen.

Digitized by Google

indebiti[4]), über die condictio sine causa[5]), über die condictio ob causam datorum[6]), über die condictio ob turpem causam[7]).

Seitdem namentlich in der Kaiserzeit die Stipulationen sehr gewöhnlich schriftlich gefaßt wurden, so ist ebenso geläufig der Vergleich der condictio eines datum mit der einer Stipulationsurkunde. c. 3. de condict. indeb.:

Cum et *soluta* indebita quantitas ab ignorante repeti possit; multo facilius quantitatis indebitae interpositae *scripturae* condictio competit, vel doli exceptio agenti opponitur.

Daß die scriptura interposita eine cautio mit der Stipulationsformel ist, ergiebt die Erwähnung der doli exc.

c. 36. pr. de donat. Si quis pro redemtione captivorum pecunias *dederit, vel per cautionem promiserit,* cognoscat se *neque repetitionem* habere, *neque exactionem cautionis* posse declinare.

§. 2. eod. Eandem liberalitatem indulgemus etiam his quorum incendio vel ruina domus corruptae sunt, quibusdam forte *pecunias praebentibus vel cautionem conficientibus,* ut et ipsi neque repetitionem timeant, verum etiam exactionem pecuniarum confessioni insertarum facere possint.

c. 5. de condict. ob t. c. Mercalem te habuisse uxorem proponis, unde intelligis *cautae quantitatis* ob turpem causam exactioni locum non esse. Quamvis

---

4) fr. 23. §. 3. fr. 24. fr. 31. fr. 32. §. 2. 3. fr. 26. §. 12. fr. 41. fr. 47. fr. 62. e. t. (12. 6.) c. 2. 3. 4. 8. 10. e. t. (4. 5.) — 5) fr. 1. 3. e. t. (12. 7.) — 6) c. 1. 4. e. t. (4. 6.) cf. fr. 9. §. 1. fr. 10. 7. pr. e. t. (12. 4.) — 7) fr. 8. e. t. (12. 5.) c. 5. e. t. (4. 7.)



enim utriusque turpitudo versatur, ac *solutae quantitatis cessat* repetitio, tamen ex hujusmodi *stipulatione* contra bonos mores interposita denegandas esse actiones juris auctoritas demonstrat.

Völlig sinnverwandt ist c. 4. de cond. indeb.:

Ea quae per infitiationem in lite crescunt ab ignorante etiam *indebite soluta* repeti non posse certi juris est. *Sed etsi cautio indebitae pecuniae* ex eadem causa interponatur, condictioni locum non esse constat.

Auch hier deutet der Ausdruck cautio *indebitae* pecuniae auf eine Stipulationsurkunde, wie in vielen ähnlichen Stellen[8]).

Derselbe Gedankengang entscheidet nun aber für das Verständniß eines Pandektenfragments, welches für unsere ferneren Untersuchungen von entscheidender Bedeutung ist:

## §. 7.

### fr. 25. §. 4. de probationibus.

Dies der Rubrik nach aus Paulus libr. III. Quaestionum entnommene fr. 25. de prob. (22. 3.) hat als umfassendste und interessanteste Stelle über die Beweislast eine gewisse Berühmtheit erlangt. Der Jurist eröffnet seine Untersuchungen mit der Position:

---

8) Z. B. fr. 31. de condict. indeb. (12. 6.) Is qui plus, — *caverit*, indebiti *promissi* habet condictionem. c. 4. de cond. ob caus. (4. 6.) si pecuniam accepisse *cavisti*, — ut libereris *obligatione ejus, quod spopondisti*, per condictionem consequeris. c. 5. de cond. ob turp. caus. (4. 7.) *cautae* quantitatis exactioni locum non esse — tamen solutae quantitatis ex hujusmodi *stipulatione* etc.

„Quum de *indebito* quaeritur, *quis probare* debet, non fuisse debitum, res ita temperanda est."

Als Grundprinzip wird hingestellt, daß wenn die Zahlung feststeht, der Empfänger aber behauptet:

„dicat autem *non indebitas* ei fuisse *solutas*,"

dann der Zahlende die Nichtschuld nachweisen müsse:

„quod per dolum accipientis vel per aliam justam ignorantiae causam *indebitum* ab eo *solutum*".

Der §. 1. macht gewisse Ausnahmen zu Gunsten der Unmündigen, Minderjährigen, Soldaten, Weiber und homines rustici.

Der §. 2. enthält eine fernere Modifikation:

„Sed haec ita, si totam *summam indebitum* fuisse is, qui *dedit*, contendat; sin autem *pro parte queritur* quod pars *pecuniae solutae debita non est*, vel quod ab *initio quidem debitum* fuit, sed vel dissoluto debito postea ignarus iterum *solvit*, vel exceptione tutus errore ejus pecunias dependit, ipsum omnimodo id ostendere, quod vel plus debito persolvit, vel jam solutam pecuniam per errorem repetita solutione dependit."

Der §. 3. lehrt daß in allen diesen Fällen der Beweis auch durch Eidesdelation geführt werden dürfe.

Sodann beginnt §. 4. mit folgendem Übergange: Sed haec, ubi de *solutione* indebiti quaestio est. Sin autem *cautio indebite exposita esse dicatur*, et indiscrete loquitur, tunc eum, in quem cautio exposita est, compelli debitum esse ostendere, quod in cautionem deduxit, nisi ipse specialiter qui cautionem exposuit, causas explanavit, pro quibus eandem conscripsit; tunc enim stare eum oportet suae con-

fessioni, nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis, ostendere paratus sit, sese haec indebite promisisse.

Diese Stelle ist folgenreich für wichtige Lehren des Civilrechts geworden:

a) leitet man daraus her den Begriff und die Grundsätze bei gewissen Schuldscheinen, cautiones indiscretae, deren Bezeichnung man aus dieser Stelle entnimmt, und an welchen dann eine Reihe der wichtigsten Grundsätze über den sogenannten Rechtsgrund der Obligationen angeknüpft wird.

b) haben manche, insbesondere neuerdings Cropp, auf diese Stelle die Existenz eines Litteralkontrakts durch Schuldscheine begründet.

Zu beiden Zwecken kann nun aber die Stelle nicht gebraucht werden, namentlich zerfällt die ganze scharfsinnige Deduktion Cropps, wenn cautio hier gar nicht einen gewöhnlichen Schuldschein, sondern eine Stipulation, oder genauer eine schriftliche Stipulation bezeichnet. Die entscheidende Gründe für diese Interpretation sind:

1. der den römischen Juristen geläufige Übergang von der condictio eines indebite datum zu der eines indebite promissum. Derselbe liegt auch hier zu Grunde. Der Jurist will überhaupt von der condictio indebiti (dati und promissi) handeln: Quum de *indebito* queritur, etc. Hierauf zerfällt die Abhandlung in zwei Abschnitte; der erste (pr. — §. 3.) handelt vom indebite datum und schließt mit den Worten: — sed haec ubi de *solutione* debiti quaestio est. Der andere Abschnitt handelt von dem indebite cautum oder promissum und beginnt mit den Worten: Sin vero cautio indebite exposita

esse dicitur. Es ist offenbar derselbe Gedankengang wie z. B. in c. 4. de cond. indeb.

> Ea quae per infitiationem in lite crescunt indebite soluta repeti non posse. *Sed et si cautio indebitae pecuniae* ex eadem causa interponatur, condictioni locum esse constat. oder c. 3. eod. cum et *soluta indebita quantitas* ab ignorante repeti possit, multo facilius *quantitatis indebitae interpositae scriptura* condictio competit, vel *doli exceptio* agenti opponitur.

Wie in ähnlichen Stellen stets derselbe Gedankengang wiederkehrt, ist schon oben bemerkt. Ohne das wäre der Übergang auffallend. Wie käme der Jurist von der Frage über die Beweislast bei der condictio indebiti auf die Beweiskraft eines gewöhnlichen Schuldscheins? — und doch herrscht in der Stelle augenscheinlich ein streng logischer Gedankengang. Der Faden der Ausführung wird ausdrücklich aufgenommen durch die Worte „sed haec, ubi de solutione indebiti quaestio est. Sin autem u. s. w. Im §. 3. wird ausdrücklich die Zulässigkeit der Eidesdelation erwähnt, offenbar im Gegensatz des §. 4., wo Gegenbeweis nur durch Schrift zugelassen wird. Es bleibt ohne jene Annahme um logischen Zusammenhang in die Stelle zu bringen, kaum etwas anderes übrig, als mit Cropp anzunehmen, daß der Schuldschein als Formalkontrakt ein Forderungsrecht hervorbringe, welches mit dem indebite datum koordinirt und mit einer condictio indebiti aufgehoben werde.

2. spricht für unsere Ansicht der Sprachgebrauch, nach welchem *cautio* als Bezeichnung einer (mündlichen oder schriftlichen) Stipulation ganz geläufig ist. Eine lange Reihe von Belagstellen werde ich gehörigen Orts zusammen-

Digitized by Google

stellen. Hier will ich namentlich an solche erinnern, welche Anfangs schlechthin von einem cavere oder einer cautio sprechen, und dann die Stipulation ausdrücklich gleichsam als sich von selbst verstehend nennen, z. B. fr. 31. de cond. indeb. Qui plus creditori *caverit, — indebiti promissi* habet condictionem. c. 4. de cond. ob caus.: Si pecuniam accepisse *cavisti,* ut libereris obligatione *ejus quod spopondisti,* per condictionem consequeris. c. 5. de cond. ob turp. caus.: *Cautae* quantitatis locum non esse, tamen solutae quantitatis ex *hujusmodi stipulatione* u. s. w. ferner c. 15. de novat.:

> Si indebitam pecuniam, quasi ex causa fidejussionis obstrictus, in *cautionem per errorem deduxisti,* tam *doli mali exceptione* uti, quam *condicere* ut obligatio tibi *accepto feratur,* potes.

Es ist mit dieser cautio eine solche gemeint, von welcher die berühmte L. Lecta (40.) de R. C. ein Formular giebt:

> Lecta est in auditorio cautio hujusmodi: *Lucius Titius scripsi, me accepisse a P. Maevio* quindecim mutua, et haec quindecim proba recte dari Kal. futuris *stipulatus est P. Maevius, spopondit L. Titius.*

Warum Paulus bei dem Fall des indebitum promissum sogleich auf schriftliche Stipulationen Rücksicht nimmt, erklärt sich theils dadurch daß überhaupt der Gebrauch derselben nicht häufig genug gedacht werden kann: theils weil dies der komplizirtere Fall war, für den es besonders einer genaueren Erörterung der Beweislast (quomodo res temperanda sit) bedurfte.

3. Ferner sprechen dafür eine Reihe von Wendungen. Siu autem *cautio indebite exposita* esse dicatur, kann nichts Anderes bezeichnen als ein indebite promittere. Denn wenn die Schrift nur zum Beweise, nicht zur Begründung einer Obligation dient, — und das Gegentheil soll erst aus dieser Stelle bewiesen werden: so kann auch die Schrift nicht wohl „indebite" ausgestellt werden.

Nachher heißt es: *debitum* esse quod in cautionem *deduxit.* Debitum in *stipulatum deducere* ist eine durchaus technische Verbindung: eben so in *cautionem* deducere, namentlich wo von einem *debitum* in c. d. die Rede ist[1]). — Entscheidend ist endlich der Schluß der Stelle, wo mit dem früheren Ausdruck ostendere debitum esse quod in cautionem deduxit synonym gebraucht wird: ostendere sese haec *indebite promisisse.* Promittere wird allerdings manchmal unbestimmt für formlose Versprechen gebraucht. Allein die Wendung *indebite promittere* kann in der juristischen Sprache nichts Anderes als eine Stipulation bezeichnen[2]).

4. Spricht für unsere Ansicht die Vergleichung der c. 13. de non num. pec. Beide Stellen sind augenscheinlich mit einander verwandt, wie folgende Zusammenstellung zeigen mag:

---

1) *in stipulationem deducere* fr. 8. 29. de novat. (46. 2.) fr. 4. de usur. fr. 24. de pr. verb. (19. 5.) fr. 122. §. 5. fr. 23. de V. O. (45. 1.) fr. 26. §. 1. fr. 62. de cond. indeb. (12. 6.) fr. 17. de reb. auct. (42. 5.) Gaj. III. 170. c. 11. de pact. (2. 3.) c. 4. de inutil. stip. (8. 39.) — Dem entsprechend *in cautionem deducere* c. 2. commun. rer. (4. 52.) c. 15. de novat. (8. 41.) fr. 24. de usur. (32. 2.) fr. 95. §. 2. ad L. Falcid. (35. 2.) — 2) indebitam pecuniam promittere z. B. fr. 47. pr. de cond. ind. (12. 6.) c. 2. eod. (4. 5.)

| *Paulus fr.* 25 *cit.* | *Justinus c.* 13. *cit.* |
| --- | --- |
| Si *cautio* indebite exposita esse dicatur, | Si quid scriptis *cautum* fuerit, |
| si ipse specialiter, qui cautionem exposuit, causas explanavit, | eamque causam specialiter ***promissor*** edixerit, |
| creditorem compelli debitum esse ostendere quod in cautionem deduxit, | non jam ei licentia sit causae probationes ***stipulatorem*** exigere, |
| stare enim ei oportet suae confessioni, | quum suis confessionibus acquiescere debeat, |
| nisi evidentissimis probationibus ostendere paratus sit, sese haec indebite promisisse. | nisi certe ipse per apertissima rerum argumenta possit (ostendere quod) non in eum modum quem cautio perhibet negotium subsecutum sit. |

Wie Paulus den Aussteller des Schuldscheins als einen bezeichnet hatte, qui indebite ***promisit,*** so nennt Justin die bei der cautio betheiligten Personen ausdrücklich ***promissor*** und ***stipulator***. — Wollte man mit Cropp annehmen daß fr. 25. aus c. 13. interpolirt sei, so würde die letztere Stelle noch unbedenklicher zur Erklärung der ersteren gebraucht werden müssen. Schließlich noch die Bemerkung, daß auch ein älterer Scholiast zu fr. 25. cit. die Stipulation ausdrücklich erwähnt.

Diese Stelle ist indessen für die weitere Entwickelung unseres Gegenstandes von so entschiedener Wichtigkeit, daß

Digitized by Google

es nothwendig erscheint, zunächst die Präjudizialfrage nach ihrer Echtheit zu entscheiden. Die Interpolation des fr. 25. de probat. ist von jeher ein Gegenstand vielfacher Erörterungen gewesen[3]). Allerdings ist der verdächtigen Wendungen und Worte hier eine ganze Reihe:

*ut* mit dem Infinitiv konstruirt (Gräcismus),
*legitimis* probationibus solutionem *approbaverit*,
dicat non indebitas *ei* solutas (statt sibi),
*studiosus* paterfamilias,
indebitum *ab eo* (a se) solutum,
homo *simplicitate gaudens* (!) et *desidiae* deditus,
ostendere, *bene* eum accepisse,
*pecunias redhibere*,
quod exceptione tutus, errore *ejus* pecunias *dependit*,
qui *opponendas* esse exceptiones *affirmant*,
in omnibus *visionibus*, quas proposuimus,
*ut judex juramenti fidem secutus, ita suam sententiam possit formare* u. s. w.

Mögen nun einzele dieser auffallenden Worte (visiones, juramentum, u. s. w.) hie und da einmal im Pandektenlatein vorkommen, so ist doch unsere Stelle mit ungewöhnlichen und unlateinischen Ausdrucksweisen so überladen, daß ein hoher Grad von gutem Glauben dazu gehört, ihre

---

3) Für die Interpolation sind **Cujacius** Observat. L. 21. c. 26. comment. h. l. Tom. IV. p. 920. **Retes**, in **Meermann** Thesaur. VI. 406. **Schulting** jus civ. Antej. p. 199. **Wissenbach** Emblem. Tribon. Cap. 4. p. 51. ff. **A. Faber** Conjecturae Lib. 18. c. ult. **Jensii** stricturae ad Rom. jus. Lugd. 1764. S. 168. ff. **Cropp** Jurist. Abhandlungen. Bd. 1. S. 352—63. Dagegen: **Bynkershoek** Obs. Lib. 8. c. 25. §. 24. **Noodt** Comment. ad Dig. 22, 6. **Spangenberg** Einleitung in das corp. jur. civ. p. 242. **Glück** Bd. 22. S. 379—85.

durchgängige Echtheit anzunehmen. Andererseits wäre es indessen ohne Beispiel, daß eine Stelle die sich als Excerpt aus einer Abhandlung des Paulus ankündigt, gar keinen echten Kern enthalten, daß die Kompilatoren nur diese Rubrik gewählt haben sollten um sich in ihren eigenen Ideen über die Beweislast zu ergehen und den Tribonian als Paulus reden zu lassen. Auch finden sich längere Sätze, welche in Form und Inhalt entschieden das Gepräge der klassischen Jurisprudenz an sich tragen. Dies gilt von §. 4. Die Annahme, daß auch dieser Theil der Stelle (aus c. 13. de n. n. p.) interpolirt sei, beruht auf der auffallenden Ähnlichkeit zwischen beiden. Dessenungeachtet glaube ich diese Vermuthung verwerfen zu müssen. Es sind zu diesem Zweck die einzelen Sätze des §. 4. sprachlich zu erörtern:

(Paulus) *sin autem cautio indebite exposita esse dicatur:* die Wendung mit „*dicatur*" ist grade der klassischen juristischen Latinität so charakteristisch, daß man sie in den Pandekten auf jeder Seite finden mag. Hunderte von Beispielen hat Brissonius in seinen Formeln gesammelt. Das allerdings verdächtige „*indiscrete*", welches übrigens bei Plinius vorkommt (und discrete bei Cicero), läßt auf eine Interpolation aus c. 13. schon deshalb nicht schließen, da es sich eben in der c. 13. nicht findet.

*Tunc cum in quem cautio exposita est:* solche Umschreibung des stipulator ist gerade den klassischen Juristen eigen: die c. 13. gebraucht „stipulator".

*Compelli debitum esse ostendere, quod in cautionem deduxit:* — eine durchaus unverdächtige Latinität. Wie ganz anders dagegen c. 13.: *non jam ei licentia sit causae probationem stipulatorem exigere.*

Digitized by Google

*Nisi ipse, qui cautionem exposuit:* wieder eine Umschreibung im Sinne der römischen Juristen, während die c. 13. den „promissor" nennt.

*Causas explanavit, pro quibus eam conscripsit:* — zwar nicht musterhaft; allein wie charakteristisch dagegen die Konstitutionenlatinität der c. 13.: si quid scriptis cautum fuerit *pro quibuscunque pecuniis*, ex antecedente causa *descendentibus*, eamque causam specialiter promissor *edixerit*.

So ist auch der Schluß der Stelle *nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis, ostendere paratus sit, sese haec indebite promisisse* gewiß eher von Paulus herrührend und daraus in der c. 13. gemacht: nisi certe ipse per apertissima rerum argumenta scriptis inserta religionem judicis possit instruere, quod in alium quemquam modum et non in eum quem cautio perhibet negotium subsecutum sit, als umgekehrt! Indessen will ich nicht in Abrede stellen, daß die Worte nisi *evidentissimis* probationibus, in scriptis *habitis, ostendere,* unecht sein können; obwohl ostendere für probare oft genug in der besten Zeit vorkommt. Ob indessen der hier ausgesprochene Satz schon der klassischen Zeit angehört, ist für unsere Untersuchung gleichgültig.

Der Wortfassung nach ist also keine Veranlassung, den §. 4. der Stelle des Paulus in seinem Hauptbestande für unecht zu halten. Noch dringender spricht indessen für die Echtheit der Inhalt. Sowohl fr. 25. als c. 13. cit. sagen übereinstimmend, daß der stipulator, wenn er in dem Schuldschein die causa stipulationis anerkannt hat, bei

seinem Geständniß bleiben muß. **Paulus** lehrt aber allgemein:

> si ipse specialiter qui cautionem exposuit, *causas* explanavit pro quibus eam conscripsit, stare eum oportet confessioni.

**Justinus** dagegen: si quid scriptis cautum fuerit pro pecuniis *ex antecedente causa* descendentibus, eamque causam specialiter promissor edixerit, suis confessionibus acquiescere debet.

**Paulus** legt also den Stipulationsurkunden allgemein Beweiskraft bei, **Justinus** nur solchen die das Bekenntniß einer „antecedens causa" enthalten. Mit diesem Unterschied hat es folgende Bewandniß.

In dem Pandektenrecht findet sich von dem Institut der ein-, später fünfjährigen querela n. n. p. gegen Stipulationsurkunden noch keine Spur. Die Stelle des **Paulus** steht damit sogar im Widerspruch. Gerade bei der häufigsten Art der Stipulationsurkunden, denjenigen denen ein Darlehnsgeschäft zu Grunde liegt, ist der Satz des **Paulus** zur Zeit des **Justinus** unwahr:

> quod qui causas explanavit pro quibus cautionem conscripsit, stare oportet suae confessioni.

Wenn also **Justinus** den Satz des **Paulus** für seine Zeit berichtigen wollte, so mußte er denselben auf cautiones die *antecedens* causa enthalten beschränken, im Gegensatz der cautiones über ein Darlehn. Es leuchtet ein, daß unter solchen Umständen **Justin** wohl die Stelle des **Paulus** vor Augen gehabt haben kann: nicht aber umgekehrt die Kompilatoren diese aus **Justins** Konstitution interpolirt haben. Denn die Interpolation wäre mehr als gedankenlos. Die eine Stelle paßt für das neuere Recht,

die andere nicht. Es wäre wunderbar, daß die Kompilatoren bei ihrer Interpolation grade das entscheidende Wort „*antecedens* causa" weggelassen, und eine Stelle des Paulus grade so interpolirt haben sollten, wie sie für das neuere Recht nicht paßt.

§. 8.

## Beweislast bei der condictio und doli exceptio.

Paulus unterscheidet in dem so eben erörterten Fragment zwei Hauptfälle:

1. wenn die schriftliche Stipulation zugleich ein Bekenntniß des promissor über die ihr zu Grunde liegende causa enthält: si is, qui cautionem exposuit, specialiter causas explanavit, pro quibus eam conscripsit: *tunc stare eum oportet suae confessioni;*

2. die cautio lautet indiscrete: tunc eum in quem cautio exposita est compelli debitum esse ostendere, quod in cautionem deduxit. Die Bezeichnung indiscrete erhält ihren Sinn durch den Gegensatz. Es ist der Fall gemeint, wenn die schriftliche Stipulation als vulgaris einfach auf ein dare oder dare facere spondes lautet, also: si promissor causas *non* explanavit, pro quibus cautionem conscripsit. Hier trifft die Beweislast den stipulator.

Es folgt hieraus der höchst merkwürdige Satz:
daß bei jeder Klage aus einer Stipulation der *promissor* den Gläubiger nöthigen kann, das Vorhandensein einer *causa* der Stipulation nachzuweisen. (fr. 25. cit.: compelli debitum esse ostendere, quod in cautionem deduxit. c. 13. cit. posse causae probationem stipulatorem exigere".)

Dieses Recht kann prozessualisch auf 2 Weisen geltend gemacht werden: entweder der promissor stellt eine *condictio* auf Liberation an; oder er wartet die Klage des stipulator ab, und schützt sich dagegen mit einer *doli exceptio*. Paulus handelte im dritten Buche der Quästionen (wie fr. 21. 60. de condict. indeb. und fr. 84. de R. I. zeigen) von den Kondiktionen. Indessen umfassen die Anfangsworte des Fragments: Quum de indebito quaeritur, quis probare debeat, offenbar beide Fälle. Selbst wenn ausdrücklich nur von der Kondiktion die Rede wäre, würde sich von selbst verstehen, daß wie der promissor als Kläger von dem Gegner die causae probatio erzwingen kann, eben so ihm als Beklagten bei der doli exceptio nicht mehr und nicht weniger Beweis obliegt. Wenn also der Schuldschein indiscrete lautet, wird der stipulator genöthigt eine gehörige causa nachzuweisen. Was von diesem Fall gilt, muß natürlich gelten, wenn gar kein Schuldschein ausgestellt ist. Die Lage des Gläubigers der eine cautio indiscreta hat, kann nicht eine schlechtere sein, als wenn er gar keinen Schuldschein hätte. Umgekehrt, wenn der promissor in der Urkunde „causas explanavit pro quibus eam conscripsit": muß er nun zwar nachweisen, daß die promissio eine indebite oder sine causa facta sei; aber nicht deshalb, weil ihn überhaupt die Beweislast träfe, sondern nur deshalb, „quia confessioni suae stare oportet." Also allgemein trifft den stipulator die Beweislast.

Man könnte gegen die Allgemeinheit dieses Satzes ein Bedenken daraus hernehmen, daß in fr. 25. cit. nur von der condictio (exceptio) *indebiti* gehandelt werden soll: also nur von dem Fall wenn der Stipulation eine *causa antecedens*

zu Grunde liegt. Allein dessenungeachtet lehrt Paulus allgemein:

> si promissor *causas* (d. h. also sowohl eine antecedens als futura) explanavit, pro quibus cautionem conscripsit confessioni stare oportet.

Ja schon aus praktischen Gründen muß dies allgemein gelten; denn man kann es einer cautio indiscreta eben nicht ansehen, ob ihr eine causa antecedens, oder futura, oder donandi causa zu Grunde liegt, und es muß deshalb von der Beweislast in allen diesen Fällen dasselbe gelten. Die Allgemeinheit unseres Satzes läßt sich endlich, auch abgesehen von fr. 25. cit., indirekt darthun, theils aus der Fassung der römischen Stipulationsurkunden, theils aus dem Institut der querela n. n. p.

Alle in und außer den Rechtsquellen vorkommenden Formulare von Stipulationsurkunden enthalten ohne Ausnahme ein spezielles Bekenntniß des promissor über das der Stipulation zu Grunde liegende Geschäft. Es würde dies keinen Sinn haben, wenn nicht eben der Stipulator das Vorhandensein einer causa zu beweisen hätte. Wäre es Sache des promissor, den Mangel der causa nachzuweisen, so wäre sein Bekenntniß nicht nur überflüssig, sondern es würde offenbar im Interesse des Gläubigers sein, die causa in der Stipulationsurkunde nicht zu erwähnen. Jeder stipulator würde sich weislich hüten, eine solche Urkunde vom Schuldner anzunehmen, da er mit einer cautio indiscreta weit einfacher zum Ziel kommt.

Es ist ferner unbestritten, daß gegen Stipulationsurkunden über Darlehnsgeschäfte binnen 2 Jahren (früher 5 Jahren) der querela n. n. p. statt findet c. 9. de non num. pec.:



Digitized by Google

Quum ultra hoc, quod accepit, re obligari neminem posse constet, *et si stipulatione interposita* placita creditor non dederit, in factum esse dandam exceptionem convenit, si nondum tempus transiit etc. Der stipulator also welcher vom Schuldner der Sicherheit wegen sich noch ein Empfangsbekenntniß ausstellen läßt, kann jeden Augenblick durch die exceptio n. n. p. genöthigt werden noch die Zahlung des Darlehns zu beweisen. Wie wäre das denkbar, wenn ihn nicht schon an sich die Beweislast träfe? Der Gläubiger der sich bloß mündlich versprechen läßt, sollte vom Beweise frei, und grade dann erst mit dem Beweise belastet sein, wenn er sich durch Brief und Siegel vorgesehen hat? Die Beweislast des Gläubigers bleibt also dieselbe, mag das Darlehn in eine Stipulation eingekleidet sein oder nicht. So erklärt sich auch, warum die exc. n. n. p. zur Entkräftung eines schriftlichen Empfangsbekenntnisses in ganz gleicher Weise statt findet, mag der Schuldschein die Stipulationsformel enthalten oder nicht. Sonst würde im Falle der Stipulation eine doppelte Singularität vorhanden sein: Umkehrung der Beweislast und außerdem Entkräftung der Beweiskraft des Schuldscheins. Dies wird aber nirgends auch nur angedeutet, vielmehr die Einrede in beiden Fällen ganz gleich behandelt; ja in vielen Stellen bleibt es der Fassung nach völlig zweifelhaft, ob an Schuldscheine mit oder ohne Stipulationsklausel gedacht wird.

Diese Annahme ist auch von einem praktischen Gesichtspunkt aus vernünftig. Die doli exceptio wegen mangelnder causa würde dem Schuldner wenig nützen, wenn er den höchst beschwerlichen Beweis dieser Negative führen sollte. Umgekehrt kann der Gläubiger sich nicht beschweren; denn er hätte diesen Beweis doch führen müssen, wenn er

ohne Stipulation aus dem zu Grunde liegenden Geschäft die Klage angestellt hätte. Auf Erleichterung des Beweises war es bei der verborum obligatio als solcher nicht abgesehen. Unter dieser Voraussetzung erhält ferner die Stelle des Paulus fr. 30. de R. C. einen noch vollständigern Sinn:

Qui pecuniam creditam accepturus spopondit creditori futuro, in potestate habet, ne accipiendo se obliget.

Der promissor nämlich kann solche Stipulation um so unbedenklicher eingehen, da er abwarten kann, ob der Gläubiger die erfolgte Zahlung der Valuta zu erweisen im Stande sein wird. Der ungenaue Sprachgebrauch debitorem non accipiendo *non obligari*, (wo nur eine doli exceptio die Wirksamkeit aufhebt) ist übrigens nicht selten: „quia stipulatio quasi nulla sit exceptione obstante.“ fr. 25. de V. O.

Die praktische Wichtigkeit dieses somit direkt und indirekt nachgewiesenen Satzes zeigt sich z. B. auch bei der Novation. Auch wenn eine Stipulation in der Absicht zu noviren interponirt ist, kann der promissor durch doli exceptio geltend machen, daß es an einer vorangegangenen Obligation als Grundlage der Novation fehle. Auch in diesem Fall trifft den Gläubiger die Beweislast des Vorhandenseins der causa. Ist nun aber das Vorhandensein bewiesen, und der Schuldner behauptet nur, daß das debitum antecedens durch exceptio ungültig gewesen sei, so gehört diese Erörterung nicht weiter zu der „causae probatio a stipulatore exigenda“, sondern der Schuldner hat, wie immer, den Beweis seiner Einrede zu führen. Die Abwesenheit von Zwang, Irrthum, Betrug u. s. w. ist also

nicht vom stipulator zu beweisen. Auch kann unter Umständen in der Eingehung einer neuen Obligation ex stipulatu, ein Verzicht auf die der früheren Obligation entgegenstehenden Einreden liegen (z. B. fr. 25. de V. O.) — Ebenso wenn der stipulatio eine causa futura zu Grunde lag, gehört es zum Beweis des Gläubigers, daß sie vorhanden war. Behauptet der Schuldner dagegen eine causa finita, so trifft ihn nach bekannten Regeln die Beweislast. (fr. 26. §. 7. de cond. indeb.)

Trotz der praktischen Wichtigkeit unseres Satzes, wird man nach einer genügenden Erörterung darüber bei Neueren vergeblich suchen; selbst da, wo die nächste Veranlassung dazu war: in den Monographien über die exceptio n. n. p., welche die Frage nach der Beweislast entweder verschweigen, oder unklar, oder gradezu irrig behandeln. So lehrt Cujacius[1]) in den recit. sol. h. t.: Quid, si debitum ex causa venditionis vel conductionis deducatur in stipulationem, — an contra actionem ex stipulatu ex his causis opponatur exceptio non debitae pecuniae? (opponetur.) Et haec exceptio erit *perpetua*, quia habet *adjunctum onus probandi* (im Gegensatz der exceptio n. n. p.) — Unterholzner will nur analog die Beweislast dem stipulator bei Stipulationsurkunden über ein Darlehn auferlegen, wie bei einfachen Schuldscheinen[2]). — Cropp legt dem promissor die Beweislast auf, wie bei jeder doli exceptio; jedoch soll die Beweislast umgekehrt werden, wenn jener Beweis auf eine solche Negative hinauslaufe, die sich nicht beweisen lasse[3]). — Albrecht

1) a. a. O. S. 327. vgl jedoch zu c. 1. de probat. — 2) Archiv Bd. VII. cit. S. 31. 32. — 3) Cropp über cautio indiscr. cit. S. 329. 337. 361. 362.

legt ebenfalls dem promissor die Beweislast auf, doch soll wenn der Stipulation ein Darlehn zu Grunde liegt das Beweisthema nur darauf gehen: quod pecuniam numeraturus stipulatus sit actor[4]) — Schweppe und Kraut lassen schlechthin den promissor seine doli exceptio beweisen[5]) —

Noch weniger darf hienach eine genügende Erklärung dieser Beweislast erwartet werden. Dieser steht nämlich anscheinend mit der Regel in Widerspruch, daß der Excipient stets den Grund seiner Einrede zu beweisen habe. Dies gilt auch von der doli exceptio fr. 18. §. 1. de probat.:

Qui dolo dicit factum aliquid, licet in exceptione, dolum admissum docere debet.

Obgleich hier zunächst an die sogenannte exc. doli specialis gedacht zu sein scheint, so finden sich doch auch Beispiele, in welchen die Beweislast bei der allgemeinen doli exceptio ausdrücklich dem Beklagten auferlegt wird[6]). Namentlich wird grade in demselben Fragment, welches ex professo von der doli exceptio wegen mangelnder causa stipulationis handelt (fr. 2. de doli exc.) die Regel hingestellt: docere debet is, qui objicit exceptionem, dolo malo actoris factum. — Ein Bedürfniß dieser Scheinausnahme zu erklären stellte sich namentlich bei Gelegenheit der exceptio non num. pec. heraus, und bei dieser finden sich folgende, hier analog anwendbare, Ideen:

1. Donell[7]) hilft sich einfach so, daß er die exc.

---

4) Albrecht die Exception S. 35. — 5) Schweppe röm. R.-Gesch. §. 303. Kraut Diss. cit. S. 103. not. — 6) z. B. c. 4. 10. de rescind. vend. (4. 44.) fr. 4. fr. 19. §. 3. de prob. (22. 3.) — 7) Donellus a. a. O. S. 241. 242. 272. Cujacius recit. sol. ad Cod. S. 263. 264. 327.



n. n. p. auch gegen Stipulationsurkunden eine negative Einrede nennt, die nicht bewiesen zu werden brauche; vielmehr beweise der Schuldner die exc. n. n. p. eben dadurch, daß er sie aufstelle. Ebenso hilft sich Cujacius damit, daß eine Negative nicht bewiesen zu werden brauche.

Die Irrigkeit der Idee vom Nichtbeweise einer Negative ist durch die Abhandlungen von Weber, Borst, Linde, Bethmann-Hollweg aus sprachlichen und sachlichen Gründen so genügend dargethan, daß jene ältere von den Glossatoren aufgestellte, namentlich von Duaren vertheidigte, Meinung als abgethan angesehen werden darf.

2. Daran schließt sich die Idee Cropp's an[8]). Er läßt allerdings die Regel, daß eine Negative nicht erwiesen zu werden brauche, als unhaltbar fallen, nimmt aber, als Nothbehelf, eine Ausnahme an für den Fall, daß eine Negative sich absolut nicht beweisen lasse. Dies sei der Fall bei einer cautio indiscreta „100 schuldig zu sein": daher hier dem Aussteller ein Gegenbeweis nicht zugemuthet werden dürfe.

Es ist hiegegen zu erinnern, daß unsere Quellen nirgends andeuten, daß hier eine Ausnahme der Regeln über Beweislast vorhanden sei. Ja es wird in fr. 25. cit. sogar ausdrücklich erinnert an die „*generalis* regula, quae eos, qui opponendas esse exceptiones affirmant, haec ostendere exigit". Erst Thalelaeus zu c. 3. de non num. pec. bemerkt es als etwas Auffälliges, daß der Beklagte bei der exc. n. n. p. von der Beweislast frei sei. Wäre das Argument Cropp's richtig, so träte derselbe Fall ein, wenn jemand eine Zahlung leistet mit dem Bemerken „daß

---

8) Cropp a. a. O. S. 362. 358.

er die schuldigen 100 zahle" ohne nähere Angabe der Schuld. Auch hier ist der Beweis des indebitum gleich schwierig, wie bei der cautio indiscreta; und doch ist von einer Änderung der Beweislast bei Paulus fr. 25. cit. nicht die Rede.

3. Endemann[9]) hilft sich durch folgende Argumentation. Im Grunde genommen, könne im römischen Prozeß nicht streng von einer Beweislast gesprochen werden. So lange der Gebrauch der legis actiones dauerte, seien die Partheirollen eigentlich nicht getrennt gewesen. Ähnlich im Formularprozeß; namentlich bei der formula in jus concepta. In der Formel werde immer nur bestimmt, was, nicht wer zu beweisen habe (si paret etc.). Vor dem judex habe dann jeder angeführt, bestritten, bewiesen, und auf jede Weise die Überzeugung desselben zu bestimmen gesucht u. s. w.

Hier entsteht nun offenbar wieder die Schwierigkeit, daß wenn der judex nicht überzeugt wird, er sich doch gegen den entscheiden muß, der die Pflicht zum Beweise hatte? Schließlich kommt daher auch Endemann wieder auf den Grund zurück daß nemo ejus, quod negat factum, rationem aut potest, aut debet, aut solet reddere.

4. Ein vierter Versuch findet sich bei Liebe[10]) angedeutet. Wenn ein promissor in Erwartung eines Darlehns die Rückzahlung verspricht, so sei dies eine Leistung in Erwartung einer Gegenleistung (do ut des), und ebendeshalb sei es Sache des Stipulator das Eintreten dieser Gegenleistung (causa secuta) darzuthun. — Diese Erklä-

9) Endemann a. a. O. S. 16—19. — 10) Liebe Stipulation S. 383. 384.


Digitized by Google

rungsweise genügt deshalb nicht, weil die Beweislast den stipulator ja nicht allein dann trifft, wenn die Stipulation eine causa futura hat, sondern allgemein, namentlich auch bei einer causa antecedens.

Diesen Ideen setze ich folgende quellenmäßige Auffassung entgegen, welche in einem Fragment Scävola's und einem Reskript Diokletians angedeutet wird. c. 6. si cert. pet.:

> Si ex pretio debitae quantitatis, facta novatione, per stipulationem usuras licitas ab eo, contra quem supplicas, stipulatus es; falsa mutuo datae quantitatis demonstratio praemissa, *cum obligationis substantia non defecerit,* quominus usque ad modum placitum usurae possint exigi, nihil nocet.

Scaevola fr. 6. de SC. Maced.:

> Contra etiam recte dicitur, si a patre fam. stipulatus sis, credas postea filio familias facto, Senatus potestatem exercendam, *quia expleta est numeratione substantia obligationis.*

Wobei auch noch an das oben erwähnte fr. 7. de novat. zu erinnern ist: *implendae* stipulationis gratia numeratio intelligenda est fieri. — Es ergiebt sich hieraus, daß die römischen Juristen die zu Grunde liegende causa als zur „*substantia stipulationis*" gehörig ansehen, mag eine causa praeterita (c. 6. cit.) oder eine futura (fr. 6. cit.), mag ein negotium oder einer Schenkung zu Grunde liegen. Eine Stipulation ohne Beziehung auf das zu Grunde liegende Geschäft gilt als ein rein Formelles, Inhaltloses, welches nur vermöge starrer Konsequenz des jus civile (als fingirtes creditum) an sich bindend ist: während nach jus gentium diese Form erst durch ein materielles Geschäft als

Grundlage erfüllt wird. Von diesem Gesichtspunkt aus wird das Vorhandensein einer causa der Stipulation zu einem Theil des Klagefundaments erhoben; und hieraus erklärt sich die Beweislast. Wie alle übrigen Momente des Klagefundaments muß Kläger auch dieses nachweisen. Diese Auffassung als Ergänzung des Klagefundaments wird durch die Wendungen implendae stipulationis causa, expleta substantia stipulationis treffend bezeichnet. Der dolus welcher dem Kläger hier vorgeworfen wird, liegt eben darin, daß er auf das strictum jus sich berufend, einen Anspruch geltend macht ohne Rücksicht auf die zu Grunde liegende Intention des Geschäfts.

Bei dieser Auffassung der Einrede, als zur Ergänzung des Klagefundaments aequitatis causa dienend, hatte die Beweislast nichts Auffallendes. Wer z. B. die actio legati auf Bestellung eines Nießbrauchs anbringt, kann durch eine doli exceptio gezwungen werden, zuvor die Bestellung einer cautio usufructuaria nachzuweisen[11]); — was an sich nicht zur Begründung der Klage gehört. Wer ein Legat einklagt, kann durch eine ähnliche doli exceptio genöthigt werden, zuvor die Bestellung einer Kaution für die Falcidische Quart nachzuweisen u. s. w. Man könnte auch die exceptio non adimpleti contractus unter einen ähnlichen Gesichtspunkt stellen. Ferner gehört zu solchen Einreden die exc. bonorum possessionis non datae[12]), welche Paulus in fr. 20. de exc. unter der Rubrik von Einreden aufzählt: „quae opponuntur, quia factum non sit, quod fieri debuerat".

---

11) fr. 13. pr. de usufr. (7. 1.) vgl. fr. 1. §. 7. si cui plus (35. 3.) — 12) fr. 2. de exc. rei jud. fr. 15. de O. et A. Sintenis im Archiv Bd. 17. S. 279.

## §. 9.

## Rückblick auf forma und causa stipulationis.

Die ältere Auffassung dieses Gegensatzes zwischen forma und causa war eine durchaus ungenügende. So lehrt Retes[1]):

In contractu duo respicimus: causam, et formam. *Causa* est ratio, propter quam contrahimus, quaeque justificat contractum secundum jus naturale; *forma* est verborum conceptio vel instrumenti confectio, quae efficit ut contractus *mero jure* producat actionem, licet inefficacem. In contractibus stricti juris ex *forma* obligamur, licet parata sit exceptio promissori, si *causa* improba sit, vel si nulla sit.

Es fehlt hier eben die Lösung der Frage, wie die Form dazu komme, mero jure ein Forderungsrecht zu begründen. Nach der Auffassung des Cujacius, Avezan, Ant. Faber und Anderer ist die Form etwas Accessorisches. Der Grund der Obligation liegt in dem zu Grunde liegenden negotium, zu welchem die Form nur hinzutreten soll als sicherer und bestimmterer Ausdruck des Willens: z. B. Cujacius recit. sol. tit. de contr. stip. (1251.):

Stipulationes per se solae non consistunt, sed *aliarum obligationum fulcimenta* et *accessiones* sunt: ut id de quo prius inter aliquos convenit, mox verbis quoque stipulationis *concludatur* et *confirmetur*, et quae *ex priori conventione, vel*

---

1) Retes de donation. Meerm. Thesaur. VI. p. 553. ff. c. 7. no. 4.

*causa* non competit actio, competat ex stipulatu; vel ut praeter eam, quae competit ex priore causa, competat etiam ex stipulatu; vel ut novetur prior causa. Avezan de contractibus (S. 37.):

Responsio sola et interrogatio non sufficit, sed *causa* in ea necessaria est. Omnes stipulationes *pendent* ex causa vel *ex negotio contracto*. Ideo enim inducta est *stipulatio, ut negotia quae contrahuntur vel nudae conventiones confirmentur.*

Wenn es nur auf die *certitudo* voluntatis abgesehen wäre, so enthielten alle Formen, welche irgendwo als Bedingung der Klagbarkeit vorkommen, formelle Verträge. Solche, namentlich schriftliche, Formen beim contractus emphyteuticarius, contr. suffragii, bei gewissen Miethskontrakten, bei Bürgschaften der Frauen, bei besonderer Verabredung schriftlicher Form[2]) werden aber nach römischem Recht nie zu den formellen Verträgen gerechnet. Solche schriftlichen Verträge enthalten nach unserer Ansicht keine fingirte causa, sondern eine schriftlich bekundete wirkliche. — Jedenfalls ist diese Auffassung der Stipulation unvereinbar mit der Selbstständigkeit ihrer Wirkung, die nach Civilrecht unabhängig von dem zu Grunde liegenden negotium auftritt.

Andere dagegen, wie Goddaeus, heben mit Recht die selbstständige Wirkung hervor: stipulatio per se satis firma et efficax causa[3]); — sine alterius causae adminiculo consistit; falsa causa non vitiat stipulatio-

---

2) c. 1—3 de jure emphyt. (4. 66.) c. 1. §. 2. de suffrag. (4. 3.) fr. 13. §. ult. locat. (19. 2.) c. 32. cod. (4. 65.) c. 23. §. 2. ad SC. Vellej. (4. 29.) c. 17. de fide instr. (4. 21.) — 3) Goddaeus Comment. de contrah. et committ. stip. Herborn 1609. S. 176. —



nem[3a]), — ohne wiederum diese Selbstständigkeit zu erklären[4]).

Die neueste scharfsinnige Auffassung von Liebe geht gewiß mit Recht davon aus, daß die ursprüngliche römische Rechtsbildung sich an die Klageformeln anschloß, aus denen die Grundsätze des materiellen Rechts erst abstrahirt wurden. So entwickelte sich die Theorie der verborum obligatio wohl aus der Formel: „dare oportere". Die Wirkung der Stipulation wäre danach einfach daraus zu erklären, daß der promissor sich ja mit dieser Wirkung des judicium „dare oportere" wörtlich einverstanden erklärt hatte[5]). — Allein dabei bleibt die Schwierigkeit der Entwickelung, warum man gerade in der Formel *spondeo* jene Übereinstimmung des Willens mit dem judicium fand; namentlich ist auf diesem Wege das Verhältniß der causa zur Stipulation, und der Begriff der causa überhaupt nicht wohl zu bestimmen. Die Entwickelung Liebe's kommt dabei wieder zu einer formell obligirenden Wirkung des nudum pactum im heutigen Rechte.

Nach unserer Ansicht liegt die causa an sich in dem

---

3a) Goddaeus a. a. O. S. 186. — 4) Hieher gehört auch Donellus Comment. j. civ. Lib. 14. c. 36. a. E. Cur igitur dicitur in stipulatione nasci obligatio nem ex verbis? Non sane propter verba ipsa solum, sed *propter consensum meditatum qui verbis stipulationis declaratur*, ut dicendum sit verba in stipulatione non proprie causam esse obligutionis, sed ejus caussae indicium ac velut symbolum. — An andern Stellen (Comment. ad V. O. p. 422. 1234. 403.): Qui stipulatur, id agit ut promittentem jure sibi obliget. — Finis est omni stip. propositus, ut per eam *acquirat* quisque aliquid, quod habeat. Stipulatio sola hujus obligationis est causa etc. Auch hier fehlt wiederum jede Verknüpfung zwischen der promissio und dem doch immer zu Grunde liegenden materiellen Geschäfte. — 5) Liebe Stipulation S. 13. vgl. Christiansen röm. Rechtsgeschichte S. 373—376.

Wesen eines vernünftigen Willens, welcher mit sich bringt, daß jedes Versprechen entweder in der bewußten Absicht einer Gegenleistung (negotium) oder unter bewußtem Abstrahiren davon (Schenkung) erfolge. Das einfachste obligatorische negotium war wohl das Gelddarlehn; die causa liegt hier in einfachem Austausch von Eigenthum gegen ein Forderungsrecht auf gleichviel. Den so einmal gefundenen Ausdruck einer causa behielt man auch für andere negotia bei; das nexum wurde Symbol, d. h. man behielt den Ausdruck eines besonderen Willens bei, dem man aber einen anderen allgemeineren Inhalt unterlegte. Hierin, wie bei der Eigenthumsübertragung per aes et libram, liegt eigentlich nichts besonders Tiefes und Bedeutungsvolles, sondern eine gewisse kindliche Unbeholfenheit des Gedankens einer Verknüpfung unserer Leistung mit dem Vermögen des Andern. An die Stelle der obligatio durch aes et libra erscheint später die Stipulation. Statt des Symbols, bleibt die Fiktion des Darlehns, geknüpft an gewisse feierliche Worte. Es ist richtig, wenn Donell darin den Ausdruck eines bewußten Willens findet[6]). Allein diese bewußte Willensrichtung liegt eben in der Vorstellung eines creditum als Gegenleistung. Es ist darin noch immer eine gewisse Beschränktheit und Unbeholfenheit, welche sich keinen anderen Kausalzusammenhang des Versprechens mit dem Vermögen des Gegners vorzustellen vermag. Wenn man nun doch, auch wo ein ganz anderes negotium oder Schenkung beabsichtigt wurde, diese Vorstellung mit römischer Konsequenz

---

6) Constat hanc solemnem formam magis ad *attentionem et praemeditationem judicii declarandam,* quam ad voluntatem promittendi significandam adhiberi. Donell. Comm. de V. O. S. 408.

Digitized by Google

festhielt: so folgte, daß die Stipulation in ihren Voraussetzungen unwahr, in ihren Konsequenzen hart wurde.

Diese Fiktion einer causa antecedens wird nun durch das prätorische Recht gehoben, und statt der fingirten causa der Beweis einer wirklich vorhandenen gefordert, welche nicht nichtig sein darf, und als futura causa eingetreten sein muß. Die Stipulation, abgesehen von einer materiellen causa, wird als ein formell Gültiges, aber Inhaltloses behandelt („*substantia* stipulationis deficit"), welches erst durch eine materielle causa seinen Inhalt und praktischen Erfolg erhält. Es entsteht dadurch ein Dualismus auf dem Gebiet des Obligationenrechts, wie im Sachen- und Erbrecht. Das Forderungsrecht aus einer Stipulation ohne causa ist wie ein nudum jus Quiritium getrennt vom bonitarischen Eigenthum, oder wie ein civiles Erbrecht, dem eine bevorzugte Bonorum Possessio gegenübersteht.

Freilich geschieht diese Umgestaltung auf einem Umwege. Die Obligation an sich entsteht durch die Form. Ob aber die so entstandene Obligation sich wirksam zeige, oder durch exceptio oder condictio zu elidiren sei, darüber entscheiden nun die Regeln der Theorie von den Rechtsgeschäften. Die verborum obligatio bleibt formell unangetastet, wird aber, wenn es zur Kondemnation kommen soll, unwirksam gemacht. Allein nachdem im Verlaufe der Zeit die exceptio zu einem förmlichen Rechtsinstitute wurde, als ihre Verleihung nicht mehr als beneficium galt; als man exceptio nata nicht mehr erst im Prozeß annahm; als durch die clausula doli, und die Wendungen recte, probe, fide dari die exceptio aus den Formeln verschwand; als der Formularprozeß und der ordo judiciorum sich allmälig auflöste; da mußte es den römischen Juristen im-

mer

mer klarer zum Bewußtsein kommen, daß durch jene prätorische exceptio ein positiver, materiell neuer Rechtssatz geschaffen war. Die Stipulation erscheint jetzt als formelle Hülle für materielle Konventionen, die sich der wahren Intention der Parteien gemäß geltend machen. Theilweise verschaffte sich das materielle Recht später sogar ohne den Umweg der doli exceptio seine Geltung. Schon beiläufig sind Beispiele angegeben, wie die Verbindlichkeiten des promissor aus einem Kaufgeschäft im Zweifel aus dem Wesen dieses Geschäfts entnommen werden, fr. 38. de act. emt.; wie die promissio dotis causa stillschweigend die Bedingung der Ehe, die promissio collationis causa die Bedingung des Erbschaftserwerbs in sich trägt, fr. 21. 23. 41. §. 1. de jure dot., fr. 3. §. 5. de collat.; wie die promissio ex turpi causa in gewissen Fällen ipso jure nichtig ist, fr. 23. de V. O.; ein anderes Beispiel giebt fr. 1. §. 14. ut legator. caus.:

> Si quis sub conditione legatum stipulatus pendente conditione decesserit, stipulatio evanescit, quia nec legatum transmittitur. Huic stipulationi *easdem causas et conditiones inesse* sciendum est; proinde si qua sit exceptio, quae petenti legatum opponi solet, eandem ex stipulatu quoque agenti opponendam esse placet.

So wird bei solcher Stipulation auch auf die Früchte und Zinsen des Vermächtnisses Rücksicht genommen. §. 13. eod. Ähnlich fr. 54. ad SC. Treb. — Es gilt hier wie in dem analogen Fall fr. 33. de donat.: „causam et originem obligationis, non judicii potestatem praevalere placuit".

Abgesehen von diesen einzelnen Fällen, in denen ein festes Prinzip schwer zu erkennen ist, verwandelte sich durch die doli clausula das Geschäft in einen contractus, cui doli praestatio vel bona fides inest (fr. 152. de R. J.) — und endlich war auch ohne dieselbe durch die im Hintergrunde liegende, im judicium wohl immer zur Sprache kommende, doli exceptio die selbstständige Kraft der Stipulation gebrochen. Daher die allgemeine Äußerung des Pomponius fr. 5. pr. de V. O.: Conventionales (stipulationes) — *pendent ex negotio contracto*; und die des Paulus: *firmandarum obligationum causa* stipulationes inductas esse. (II. 22. §. 7.)

Die Stipulation ist so praktisch zu einer Einkleidungsform für negotia geworden. Zwar blieb vorläufig noch bei der Stipulation donandi animo ihre selbstständige Bedeutung erkennbar, bis Justinian auch das pactum donandi causa für klagbar erklärte. Es ist einleuchtend, wie sehr hiedurch die Bedeutung des formellen Vertrages herabgesetzt wird, und wie das Erforderniß der causa das ganze Gebiet der obligatorischen Verträge beherrscht. Der praktische Gewinn dieser Auffassung ist:

1. für die Klagbarkeit der Verträge im heutigen Recht einen Anhaltpunkt gefunden zu haben. Der Gegensatz der Formal- und Materialkontrakte ist nicht der, daß dort eine Form ohne Inhalt, hier ein Inhalt ohne Form die Verbindlichkeit hervorbrächte: sondern der Wille ist das Substanzielle beider: der Wille, welcher sich als bewußter Wille durch eine causa manifestirt. Diese causa wird bei den formellen Verträgen fingirt. Solche Fiktionen sind nun aber unserm deutschen Rechtsbewußtsein fremd. Während es daher bei den Römern erst des Umweges einer

doli exceptio bedurfte, die materielle causa gegen die fingirte zur Geltung zu bringen: so fällt dieser Umweg bei uns weg.

Wenn man lehrt: das nudum pactum habe bei uns die Wirkung einer Stipulation, so ist dies irrig, weil ihm gerade die Selbstständigkeit der Stipulation fehlt. Das nudum pactum hat mit der Stipulation nur das Negative gemein: Mangel einer sinnlich erkennbaren causa (dare, facere).

Sagt man dagegen, das nudum pactum wirke bei uns gleich den Konsensualkontrakten an sich durch vereinten Willen: so hat man ein wesentliches Moment dieses Willens vergessen, die causa. Das Bewußtsein des Ziels muß dem Willen vorangehen. Der Unterschied liegt nur darin, daß die Römer nur bei gewissen (Konsensualkontrakten), wir dagegen bei allen von einer sinnlich wahrnehmbaren causa abstrahiren; daß bei uns also gegenseitige Versprechen allgemein klagbar sind. Mit Recht stellt daher der Code Napoléon art. 1108. 1131. 1132. die „cause“ als wesentliches Moment des obligatorischen Vertrages hin. Die bekannte Schwierigkeit der Bestimmung dieses Begriffes bei französischen Rechtslehrern hat ihren Grund in mangelhafter Einsicht in die historische Entwickelung des römischen Konventionensystems. Andere neuere Gesetzbücher haben die causa als Moment der obligatorischen Verträge der Theorie überlassen.

2. ergeben sich aus unserer Anschauungsweise die Grundsätze über *cautio indiscreta*. Von einem richtigen Takt geleitet sah man ein, daß aus einem solchen Schuldscheine: „Ich bekenne Dir 100 schuldig zu sein“ kein Anspruch entstehen könne, daß einem solchen Versprechen etwas fehle. Dies Fehlende nannte man causa. Man definirte sie als „den in facto und jure beruhenden Grund,

15 *

aus welchem der Schuldner verpflichtet sei;" — man lehrte: „jede Forderung müsse einen rechtlichen Grund haben;" — ein indiskreter Schein genüge schon deshalb nicht, weil ihm ja möglicher Weise eine Rechtswidrigkeit zu Grunde liegen könne u. s. w. Die c. indiscreta erhielt eine förmliche Litteratur [7]). Aller Definitionen ungeachtet kam es aber nicht zum Vorschein, worin denn dieser außer dem Versprechen liegende Rechtsgrund bestehe. Als Grundlage der Erörterungen galt dabei fr. 25. §. 4. de prob., wo von einer Stipulation, nicht von einem einfachen Schuldscheine die Rede ist. Cropp ließ sich durch diese Stelle sogar zu der Annahme verleiten, daß es noch heute einer förmlichen doli exceptio oder condictio zur Anfechtung eines solchen Schuldscheins bedürfe; daß im Klagelibell ein solcher ohne Angabe eines anderen Klagegrundes genüge u. s. w.

Nach unserer Ansicht ergiebt sich die Wirkung desselben, in Ermangelung ausdrücklicher Bestimmung, aus inneren Gründen. Die Angabe einer causa ist nothwendig, um den bewußten animus se obligandi daraus zu schließen: also ist die reine cautio indiscreta zur Begründung einer Klage ungenügend. Vielmehr muß Kläger sogleich im Klagelibell angeben, ob das Versprechen aus einer Schenkung, aus einem Kauf, Darlehn u. s. w. herrühre; wenn nur das angegebene Geschäft ein solches ist, dessen juristischer Charakter geläufig und durch eine so kurze Bezeichnung hinreichend angedeutet ist. Fehlt es dem Geschäft an einem technischen

---

7) Donelli Comment. jur. civ. XIV. c. 37. §. 7. Schilter exercit. ad Pand. XXII. §. 62. 63. Weber Beitr. z. d. Klagen u. Einreden S. 79—84. Glück Kommentar Bd. 22. S. 57 ff. Biener Opusc. acad. Tom. II. p. 375. Kind quaest. forens. Tom. II. c. 25. Vor Allen Cropp Abhandl. cit. 356—65.

Namen, so muß die Gegenleistung bestimmt angegeben werden. Wie speziell die Angabe sein müsse, ergiebt der leitende Gesichtspunkt, daß erhellen muß, ob das bestimmte Bewußtsein eines Austausches vorhanden war. Nicht mit Unrecht nimmt man z. B. bei Geschäftsleuten als genügend an, wenn der Schein die Summe als Resultat eines aus dem gegenseitigen Geschäftsverkehr berechneten Saldo's bezeichnet. (fr. 47. §. 1. de pact.) Folge davon ist, daß der Schuldner nun auch Data in Händen hat, um nöthigenfalls den Gegenbeweis eines dabei obwaltenden Irrthums oder sonstigen Mangels zu führen. Nur darf man darin nicht, mit Cropp, den eigentlichen Grund und leitenden Gesichtspunkt bei Angabe der causa debendi suchen.

3. ergiebt sich aus unserer Anschauungsweise der formellen Verträge, daß im heutigen Recht die Novation im römischen Sinne nicht mehr vorkommen kann.

Wenn ich den fundus Cornelianus aus einem Kaufgeschäft schuldig bin und nun durch Stipulation mich anheischig mache, possessionem fundi Corneliani tradere: so müßte, um nach unserer Ansicht dieselbe Leistung zu einer neuen Obligation zu gestalten, angenommen werden, daß ich ihn nicht ex emto, sondern aus einem Tausch, einer Erbtheilung u. s. w. verschuldete. Eine solche Annahme enthielte für uns eine Absurdität, weil wir keine causae obligationum fingiren. Eben darum aber kann eine Novation in diesem Sinne bei uns nicht vorkommen. Die neueren Gesetzbücher haben zwar der Theorie ihrer Zeit gemäß den Begriff der Novation beibehalten, ohne jedoch diesem Begriff irgend eine Realität verschaffen zu können. Denn da jeder Vertrag eine causa haben muß, so hat das zweite Versprechen (als Anerkenntniß) ein und dieselbe

*causa*, wie die frühere Obligation, und es gilt davon die Regel des Pomponius fr. 18. de V. O.: Qui bis *idem* stipulatur, is eo jure amplius quam semel non tenetur. — Enthält das zweite Versprechen aber ein anderes Objekt, so würde es als Verzicht, Vergleich, Tausch, Kauf oder ein anderes materielles Geschäft zu behandeln sein.

Zu einer nova causa könnte man im heutigen Recht nur dann kommen, wenn man mit Liebe annimmt, daß noch heute das nudum pactum eine formelle Obligation bewirke, die erst durch eine exceptio entkräftet werden müsse, wenn die causa mangelhaft ist.*)

---

*) Endlich könnte man hier folgende weitere Ausführung erwarten. Bei der Stipulation entsteht durch die doli exceptio ein Dualismus, ein Auseinanderfallen der forma und der causa; findet sich dieser nicht auch bei den übrigen formellen Verträgen? Der Litteralkontrakt durch expensilatio und acceptilatio in den Hausbüchern beruht anscheinend auch auf einem fingirten Darlehn als causa. Wenn jemand nun aus Irrthum ein indebitum als Schuld eingetragen hat, kann er sich nicht durch doli exceptio schützen? trifft dabei nicht auch den Kläger die Beweislast? so daß das strenge Forderungsrecht aus dem formellen Vertrage zu einem inhaltlosen nudum jus herabgesetzt wird? (fr. 49. §. 2. de pecul.) — Die Ausführung dieser Punkte würde indessen über das geschlossene Gebiet dieser Abhandlung hinausgehen.

III.

Die

# Stipulationsurkunden

und die

# Querela non numeratae pecuniae.

Digitized by Google

Digitized by Google

## §. 1.

### Sprachgebrauch von cautio.

In der römischen Kaiserzeit wurde es immer üblicher, zuletzt wohl die gewöhnliche Weise, über eingegangene Stipulationen eine das Geschäft beurkundende Schrift (cautio) aufzunehmen. Schon bisher haben wir in einzelnen Stellen cautio bald als **Stipulation**, bald als **Urkunde** verstanden. Für unsere späteren Zwecke wird eine Erörterung dieses Sprachgebrauchs unerläßlich.

Cautio und cavere bezeichnet in unseren Quellen eine jede juristische Sicherheit, für sich oder einen andern[1]), insbesondere dadurch, daß man einem andern ein klagbares Recht verschafft. fr. 73. de **R. J.**: Nec paciscendo, nec legem dicendo, nec stipulando quis *alteri cavere* potest. — So bezeichnet es **Nebenverabredungen** bei einer Willenserklärung: cavere in contractu emti, ut etc.

Wie nun aber die Sicherung selbst, so wird auch das **Mittel** die Sicherheit zu gewähren durch cautio bezeichnet, sei es Bürgschaft, Pfand oder bloße Verbalkaution. Die Grundbedeutung tritt hier in pleonastischen Wendungen hervor, z. B. Th. C. III. 15. 1.: sponsorum in *cavenda* dotis *sponsione promissiones;* fr. 6. rat. rem: ratam rem haberi, *cautionem cavere.* — Gerade für die

1) **Cicero** Inv. II, 41. Alt ist die Bedeutung von cavere für die konsultirende Thätigkeit der Juristen; ferner das „cavere" für die Kautelen beim Kauf. Cavitionem = cautionem bei **Paul. Diac.** p. 61. (**Müller.**)

*nuda repromissio* ist indessen cautio technisch. Schon das prätorische Edikt unterschied in diesem Sinne das cautum *vel* satisdatum. fr. 1. pr. de ripa mun. So die Wendung: *cautio*, — scilicet nuda promissio in fr. 63. §. 4. pro soc. — Ferner die Definition Justinians c. 3. de V. S.: Sancimus, *cautionis* nomine, vel ἀσφαλείας, non esse fidejussoris dationem interpretandam — *sed nudam promissionem*, — im Gegensatz der weiteren Definition fr. 188. V. S.: *Cautum* intelligitur, sive personis, sive rebus cautum sit. — Aber nicht bloß eine in der erklärten Absicht einer Kaution interponirte, sondern eine jede Stipulation kann cautio heißen, im Sinne Ulpians fr. 1. §. 4. de stip. praet.:

> Et sciendum est, omnes stipulationes natura sui esse *cautionales*; hoc enim agitur in stipulationibus, ut quis *cautior* sit et *securior* interposita stipulatione.

Dies führt uns zur technischen Bedeutung

1. von cautio für stipulatio.

Die Grundbedeutung ist hier noch erkennbar in der Zusammenstellung: *cavere* et *stipulanti spondere*[2]. Vom promissor wird gesagt: *cavet* creditori stipulatione[3]; vom stipulator: cavet sibi stipulatione[4]. Noch gewöhnlich jedoch ohne alle Umschreibung:

fr. 6. pr. de serv. export.: Si venditor ab emtore *caverit*, ne serva manumittatur, — jure non tenet *stipulatio*.

---

2) fr. 47. pr. de pact. (2. 14.) — 3) fr. 1. §. 5. de usufr. quemadm. (7. 9.) fr. 20. jud. solv. (46. 7.) — 4) fr. 21. ad SC. Treb. (36. 1.) Ulp. VII. 3. Paul II. 17. §. 2.

fr. 79. de V. O.: Si procuratori praesentis fuerit *cautum*, ex *stipulatu* actionem utilem domino competere nemo ambigit.

fr. 135. §. 2. de V. O.: Seja *cavit* Lucio Titio, se in eum proprietatem hortorum translaturam; — quaeritur, an ex *stipulatu* agere possit.

fr. 31. de cond. indeb.: Is qui plus, quam hereditaria portio efficit, per errorem creditori *caverit*, indebiti *promissi* habet condictionem.

fr. 89. §. 5. de legat. II.: Peto a te, filia mea, ut *dotalem cautionem* post mortem meam mutes et ita renoves, ut fratres tui dotem *stipulentur*.

fr. 121. pr. de V. O.: Ex ea parte *cautionis:* „dolumque malum huic promissioni abesse abfuturumque esse, *stipulatus est* ille, spopondit ille": incerti agetur stipulationis interponendae gratia.

fr. 15. §. 1. ad L. Falc.: *stipulari* curavit, ne Falcidia uteretur: — privatorum *cautione* non esse legibus refragandum.

fr. 3. §. 2. de administr. rer.: Qui administrationis tempore creditoribus *novatione* facta pecuniam *cavit*.

fr. 122. §. 5. de V. O.: transactione facta, majorem partem solvit, residuam *cavit*, — quaesitum est, quum mora intercessit, quominus pecunia in *stipulatum deducta* etc. —

c. 5. de cond. ob turp. c.: *Cautae* quantitatis ob turpem causam exactioni locum non esse: — ex hujusmodi enim *stipulatione* denegandas esse actiones juris auctoritas demonstrat.

c. 8. de usur.: Quamvis minores usuras *spoponderit,* si post tempus *cautioni* praefinitum etc.

c. 7. de u. u. p.: Si quasi accepturi mutuam pecuniam *cavistis,* per condictionem *obligationem* repetere potestis,

wo unter obligationem repetere die Aufhebung der verborum obligatio gemeint sein kann, wie in

c. 4. de cond. ob caus.: Si quum exiguam pecuniam revera acciperes, longe majorem te accepisse *cavisti,* ut libereris obligatione ejus quod non acceptum *spopondisti,* per condictionem consequeris.

Namentlich im Digestentitel de verborum obligationibus tritt dieser Sprachgebrauch entschieden als technisch hervor [5]). Auch gehören hieher die cautiones rei uxoriae (de reddenda dote) bei **Gell. IV. 3.**

II. *Cautio* als Schuldschein.

Wie die Stipulation dem Gläubiger sein **Recht** versichert, so versichert ein Schuldschein ihm den **Beweis** des Rechts. Daher bezeichnet cavere auch einen einfachen Schuldschein. Die Grundbedeutung bleibt noch erkennbar in den Wendungen chirographo, instrumento, epistola, scriptura cavere [6]). Gewöhnlich aber wird cautio gebraucht ohne alle Umschreibung. fr. 20. de institor.:

Cajo Seja *cavit* in haec verba: **Octavius Terminalis Domitio Felici. S. Habes penes men-**

---

5) z. B. pr. 4. 5. 121. de V. O. u. s. w.; vgl. fr. 1. §. 12. de extraord. cogn. (pec. cauta = promissa). Gaj. II. 252. 253. c. 5. de usur. (4. 32.) u. s. w. — 6) fr. 3. §. 3. de jure fisci (49. 14.) fr. 49. solut. matr. (24. 3.) fr. 47. §. 1. de pact. (2. 14.) fr. 52. pr. de pact. (2. 14.) c. 6. de compens. (4. 31.)

sum patroni mei denarios mille, quos denarios vobis numerare debebo pridie Kal. Maj. — quaesitum est, an *ex epistola* jure conveniri Terminalis possit?

Cautio in diesem Sinne kommt vor Cicero nicht vor, so häufig sich bei den älteren Komikern Gelegenheit dazu bot [7]). Selbst bei Cicero kommt es nur zweimal vor. Einmal mit dem Zusatz: cautio *pecuniarum;* das andere Mal c. *chirographi mei*, — also wohl noch nicht technisch. Desto häufiger ist diese Bedeutung im Pandektenrecht, wo die „cautiones debitorum" als gewöhnliche Beweismittel erscheinen. So bei Africanus fr. 64. de Legat. III.: Arca in qua instrumenta et *cautiones* debitorum erant; — bei Gajus fr. 5. fam. ercisc.: *Cautiones* hereditariae apud eum maneant, qui majore ex parte heres sit, — und fr. 10. §. 3. de edendo: Quod non potuimus probare intercepta *cautione;* — bei Scaevola fr. 47. §. 1. de pact. werden gleichbedeutend gebraucht: *Instrumenta* cujuscunque summae, *cautiones* ex quocunque contractu; — bei Paulus III. 6. §. 59.: Omnibus quae in domo sunt legatis, *cautiones debitorum* rationesque servorum legato cedunt; — ebendaselbst fr. 2. §. 1. de pact.: Si debitori meo reddiderim *cautionem*, videtur inter nos convenisse, ne peterem; — Paul. II. 31. §. 32. fr. 82. de furt.: Qui tabulas *cautionesve* subripuit, in adscriptam summam furti tenetur; — ebendaselbst fr. 17. §. 3. commod.: pugillares commodare, ut debitor caveret; —

7) Das: nihili cocio est bei Plautus Asinar. I. 3. 52. ist der Lesart und dem Sinne nach dunkel; jedenfalls dem Zusammenhange nach kein Schuldschein. vgl. Gellius XVI. 7.

Digitized by Google

bei Callistratus fr. 82. de condit.: si servus *cautiones* instrumentaque omnia actus sui exhibuerit heredi.

Hieher gehört die *cautio* depositionis fr. 18. §. 1. ut legat.; — ferner das: dotem titulo depositi in *cautionem* conferre fr. 27. depos., woraus eine actio depositi entstehen soll. Cautio, epistola, chirographum, instrumentum wechseln in diesem Sinne ab fr. 47. de pact. Wenn gesagt wird, daß Verpfändungen von Sachen „quotidie inseri solent *cautionibus*"[8]); wenn die Rede davon ist: *cautiones* legare[9]), pignori dare[10]) u. s. w. — so sind wohl gewöhnliche Schuldscheine gemeint. Häufig ist diese Bedeutung auch im Konstitutionenlatein[11]). Sie ist so geläufig geworden, daß cavere in einigen Wendungen gewissermaßen für *scribere* gebraucht wird: fr. 5. §. 8. commod.: Si codicem tibi commodavero, et in eo *chirographum* debitorem tuum *cavere* feceris; — fr. 89. pr. de solut.: *chirographa* per debitorem *cauta;* fr. 26. §. 2. depos. heißt es von jemand, der in einem Briefe bemerkt hat, daß ein Anderer ihm 10 schuldig sei: cavit sibi in epistola decem.

---

8) fr. 15. §. 1. de pign. (20. 1.) — 9) fr. 12. §. 45. de instr. leg. (33. 7.) — 10) fr. 20. de pign. (20. 1.) — 11) Gregor. Cod. IV. 1.: Si exsoluta est pecunia, nihil obest veritati, quod *cautio* integra manet apud creditorem (cf. c. 2.) Th. C. X. 16, 3.: Cum neque testibus *credita pecunia* probaretur, neque *cautionibus*, quae (brevi) inserta sunt doceantur. c. 5. conv. fisci debit. (10. 2.): Quum neque testibus credita pecunia doceatur, neque *cautionibus* ea ostendantur. c. 7. de hered. vel act. (4. 39.): Cautiones debitorum pignori dare.

III. *Cautio* als Stipulationsurkunde.

Da cautio eine Stipulation einerseits, eine Schuldurkunde andererseits bezeichnet, so ergiebt sich daraus natürlich die Bedeutung einer Stipulationsurkunde. Sicherung des Rechts und Sicherung des Beweises treffen in dieser cautio zusammen. Sehr alt ist diese Bedeutung ebenfalls nicht. Bei Cato und Varro de re rustica wird cavere und cautio zwar häufig von den Nebenabredungen beim Kauf (dicere vel promittere) gebraucht, ob aber von schriftlichen ist nicht erweislich. Auch Cicero kennt diese Bedeutung noch nicht. Als Beispiel aus unseren Rechtsquellen will ich fr. 126. §. 2. de V. O. hervorheben:

„Chrysogonus Flavii Candidi servus actor scripsi coram subscribente et assignante domino meo accepisse cum a Julio Zosa mutua denaria mille; quae dare Quinctiliano Kal. Novembr. *stipulatus est Zosas, spopondit Candidus.*

Eine große Anzahl solcher Stipulationsurkunden über Kauf, Schenkungs-, Darlehnsgeschäfte, foenus nauticum, Societät, werde ich nachher zusammenstellen. — Sie werden gelegentlich wohl auch mit unbestimmterer Bezeichnung epistola[12]), litterae[13]), scriptura[14]), instrumentum[15]) genannt; oder wie in fr. 104. §. 1. de Legat.: „*Tabulae,* quibus ei pecuniam expromiseram"; oder fr. 11. §. 1. de duob. reis: Quum *tabulis* esset comprehensum, illum et illum esse centum aureos stipulatos. Technisch dafür aber ist der Ausdruck cautio[16]).

12) c. 1. de contr. stip. (8. 38.) — 13) fr. 134. §. 2. de V. O. (45. 1.) u. fr. 57. de donat. int. V. (24. 1.) — 14) Spangenberg tab. neg. S. 163. — 15) fr. 43. de admin. (26. 7.) — 16) z. B. fr. 11. §. 2. de duob. reis (45. 2.) fr. 40. de R. C.



Es leuchtet ein, wie durch diese Vieldeutigkeit des Wortes cautio die Erklärung der für unsere Zwecke wichtigsten Stellen erschwert wird. Gewöhnlich kann nur der Zusammenhang und die üblichen Wortfügungen entscheiden. Gerade hierdurch wird ein genaues Beachten der Wortfügungen nöthig, wie denn namentlich die Wendungen: in cautionem *deducere*, cautionem interponere [17]), pecuniam cavere, pecunia cauta auf eine Stipulation zu deuten pflegen. Ein Beispiel solcher Interpretation bietet fr. 122. §. 1. de V. O. dar. Hier wird eine Abrede („convenitque") über ein foenus nanticum *cautio* genannt. Dabei kommt jedoch die Klausel vor: eaque sic recte dari fieri fide roganti Sticho promisit Callimachus; ferner die Wendung: anto diem *suprascriptum:* also ist eine Stipulationsurkunde gemeint. Ein anderes Beispiel giebt Justinians c. 8. de novat.:

> Si quis *cautionem* juniorem *acceperit,* vel aliquid fecerit, ex quo veteris juris conditores introducebant *novationes,*

wo der Zusammenhang eine Stipulationsurkunde ergiebt.

---

(12. 1.) fr. 12t. fr. 122. §. 1. de V. O. (45. 1.) c. 3. de postulando. (2. 6.) c. 6. de compens. (4. 31.) coll. c. 1. rer. amot. (5. 21.) — 17) In cautionem *deducere* ist schon Seite 203. erörtert. *Stipulationem interponere* fr. ult. de in diem addict. (18. 2.) fr. 40. de minor. (4. 4.) fr. 24. de praescr. v. (19. 5.) c. 5. de cond. ob turp. c. (4. 7.) c. 4. de inutil. stip. (8. 39.) c. 9. de non num. pec. (4. 30.) = *Cautionem interponere* fr. 17. pr. de hered. pet. (5. 3.): Quod sibi non prospexit stipulatione: evicta hereditate legata reddi, — et nullam interposuerit cautionem; — Ulp. 24, 27.: cautionem interponit usufructnarius; — fr. 11. de exc. (44. 1.) Cautio de solvendo interposita. fr. 4. quae res pign. (20. 3.) c. 1. de cond. ob turp. c. (4. 7.) c. 1. de cond. caus. dat. (4. 6.) c. 2. de non num. pec. (4. 30.) fr. 4. de fide instr. (22. 4.)

Sehr selten wird einmal ausdrücklich zwischen einfachem Schuldscheine und Stipulationsurkunde unterschieden. Das einzige Beispiel in den Pandekten ist fr. 24. de constit. pec.:

> Titius Sejo *epistolam* emisit in haec verba: „Remanserunt apud me L ex credito tuo ex contractu pupillorum meorum, quos tibi reddere debebo Idibus Majis probos; quodsi ad diem suprascriptum non reddidero, tunc dare debebo usuras tot."
>
> Quaero, an L. Titius in locum pupillorum hac *cautione* reus successerit? Marcellus respondit: *si intercessisset stipulatio,* successisse. Item quaero si non successisset, de constituta teneatur? Marcellus respondit in sortem teneri.

Noch einmal kommt eine solche Unterscheidung im Institutionentitel de litter. obl., und in der westgothischen Interpretation zu Paul. II. 14. §. 1. vor, wo eine „cautio, quae sine stipulatione fit" oder „nuda cautio" hervorgehoben wird.

### IV. *Cautio* für Quittung.

Der Grundbedeutung nach kann cautio auch eine solche Sicherheit bezeichnen, welche der Gläubiger dem Schuldner giebt zum Beweise der Zahlung. Es bezeichnet also so viel wie securitas, apocha, Quittung. Diese Bedeutung ist nicht selten[18]) und aus der Wortfügung und dem Zusam-

18) fr. 15. de prob. (22. 3.) *cautio exsoluti* fideicommissi. fr. 5. §. 3. de solut. (46. 3.) *Cavere* in sortem se accipere. fr. 94. §. 3. de solut. (46. 3.) *Cautum ei* est *solutum* ex universo credito. fr. 32. §. 1. de admin. (26. 7.) Cautio soluti vectigalis. Th. C. XII. 6. c. 2. pr. Securitas emissis *cau-*

menhange überall leicht erkennbar. Zuweilen erscheint noch der Pleonasmus „apocharum cautiones". (Th. C. c. 16. de susceptor.) Ein Formular solcher Quittung ist folgendes: Expluribus chirographis creditor ita *cavit:* Titius Maevius dico me accepisse et habere et accepto tulisse a C. Titio reliquum omne ratione posita eius pecuniae, quam mihi Stichus, C. Titii servus, caverat. fr. 89. pr. de solut.

Es ergiebt sich aus diesem Beispiele, daß cautio auch eine Urkunde über eine vorgenommene acceptilatio bezeichnet. Ein anderes Beispiel, in welchem cautio unmittelbar nachher in einer anderen Bedeutung vorkommt, ist fr. 40. de minor.:

> Minor, cui fideicommissum solvi pronunciatum erat, *caverat* id se accepisse, et *cautionem* eidem debitor, quasi creditae pecuniae, fecerat; in integrum restitui potest etc.

Zur Erklärung dieser Vieldeutigkeit diene vorläufig folgende Bemerkung. Cautio und cavere sind Ausdrücke, welche sich im gemeinen Leben bildeten zur Bezeichnung der im Verkehr üblichen sichernden Geschäftsformen. Die Zeitgenossen eines Plautus, Varro, Cicero, Horaz[19]) dachten dabei an die bei ihnen üblichen Nebenberedungen, an sponsores, stipulationes, auch wohl an die nominum obligatio. Horat. Epist. II. 1, 105.:

> Cautos *nominibus certis* [rectis] *expendere* nummos.

---

*tionibus* detur. c. 1. de solut. et lib. (11. 40.) *Cautiones* servorum publicorum. c. 2. qui accus. (9. 1.) *Cautiones*, quibus *solutam* pecuniam probare se dicit. — 19) Cic. de Fin. II. 31. Obsidibus de pecunia cavere. Caesar bell. G. VI. 2. VII. 2. Cic. Brut. §. 18. Plaut. Bacchid. I. 1, 10. Varro de re rust. häufig.

Die Kaiserzeit dachte mehr an Stipulations**urkunden** und andere Handschriften, — weil inzwischen die sichernden Geschäftsformen andere geworden waren. Die Juristen nahmen das vieldeutige, aber vielbeliebte cavere aus dem gemeinen Sprachgebrauch auf als Bezeichnung von „Verabredungen" jeder Art, mit oder ohne Stipulation, mündlich oder schriftlich.

## §. 2.

## Form der Stipulationsurkunden.

Bei allen Völkern findet sich in späterer Zeit eine Vorliebe für Urkunden als Beweismittel, welche bequemer und in gewisser Weise sicherer als andere erscheinen. So auch bei den Römern der Kaiserzeit zum Beweise der Stipulation. Zur Beurtheilung ihrer Form und Eigenthümlichkeiten dienen eine Reihe bisher nicht gehörig benutzter Beispiele.

Eine **Schenkungsurkunde** über ein Grabmal aus der Zeit **Mark Aurels** lautet so:

Ollaria numero quatuor, cineraria quinquaginta tria — *donationis causa mancipio accepit* M. Herennius Agricola de Tito Flavio Artemidoro *sestertio nummo uno* (vgl. c. 37. de donat.) libripende M. Her. Justo, etc. — sacrumque quoties facere velit Herennius Agricola heredesvo ejus permisit, clavisve ejus monumenti potestatem facturum se dixit, dolumque malum huic rei abesse afuturumque: Se [esse?] haec recte dari fieri praestarique stipulatus est M. Herennius Agri-

cola, spopondit Titus Flavius Artemidorus. Actum etc.[1]).

Eine gleiche Schlußklausel erscheint in folgender Schenkungsurkunde aus der Mitte des dritten Jahrhunderts:

Haec sic recte dari fieri praestarique stipulatus est Licinius Timotheus, spopondit Statia Irene[2]).

Eine Schenkungsurkunde aus dem Jahre 471.:

Hanc scripturam donationis Feliciano notario meo scribendam dictavi, eique relectae a me sine dolo in manu propria *subscripsi*, stipulantibusque universis clericis memoratae ecclesiae de omnibus supradictis spopondi[3]).

Eine gleiche Urkunde aus dem sechsten Jahrhundert:

Me haec omnia quae praesens donationis textus eloquitur inviolabiliter conservare atque adimplere, *ejusque rei dolum malum abesse afuturumque esse promitto*, et hanc donationis a me factae chartulam *omni vi, dolo malo, metu et circumscriptione cessante*, Theodosio v. h. tabell. urb. Rom. noto rogatarioque meo scribendam dictavi, cuique subter manu propria, ut novi, subscripsi, testibus a me rogatis obtuli subscribendam, — *de qua re quibusque omnibus stipulanti tibi beatiss. domino et Actoribus scae Eccles. Rav. ego Stephanus magnif. illustr. Grecus donator in verbis solemnibus spopondi et hanc solemnem donationem vobis in praesenti contradedi.* Act. Rom.[4])

1) Spangenberg Tabulae negotior. S. 154. — 2) Spangenberg 156. gleichlautend die Formel S. 233. — 3) Spangenberg S. 163. — 4) Spangenberg S. 210.

Eine andere Schlußformel aus dem sechsten Jahrhundert:

Ad omnia quae superius tenentur adscripta relegi, *consensi et subscripsi, stipulantique* viro beatissimo et Actoribus tuis in praesentia constitutis *in verbis solemnibus spopondi*[5]).

Von Darlehnsurkunden enthält das Hauptbeispiel die berühmte Lex Lecta. Paulus fr. 40. de rebus cred.:

Lecta est in auditorio Aemilii Papiniani, Praef. Pr., *cautio hujusmodi:* Lucius Titius scripsi, me accepisse a Publio Maevio quindecim mutua numerata mihi de domo; et haec quindecim proba recte dari Kal. futuris stipulatus est Maevius Publius, spopondi ego, Lucius Titius. Si die supra scripta summa Publio Maevio — data non erit, tunc poenae nomine in dies XXX. inque denarios centenos, denarios singulos dari stipulatus est Publius Maevius, spopondi ego Lucius Titius. Convenitque inter nos etc.

Ebenso umfassend ist ein Beispiel bei Paulus fr. 126. §. 2. de V. O.

Eine Urkunde über ein *foenus nauticum* mit mehren Verpfändungen und andern Nebenabreden schließt in einer Stelle von Scaevola fr. 122. §. 1. de V. O. mit folgender Klausel:

— eaque sic recte dari fieri fide roganti Sticho, servo Lucii Titii, promisit Callimachus.

Kaufgeschäfte mit der Stipulationsklausel sind nur noch

5) Spangenberg 180, vgl. Brissonius de formul. lib. VI.

aus der späteren Zeit, namentlich aus dem sechsten Jahrhundert übrig:

**Huic venditioni traditionique dolum malum abesse, afuturusque est, vi metu et circumscriptione cessante, de qua re et de quibus omnibus suprascriptis stipulatus est Mont. emtor, spopondit Domnicus venditor ad omnia suprascripta in verbis solemnibus**[6]).

Andere gleichzeitige Formeln: **Huic venditioni traditionique dolum malum abesse, afuturumque esse. De qua re stipulatus est Peregrinus emptor, spoponderunt NN. vindetores**[7]) — **De qua re et de quibus omuibus suprascriptis stipulatus est NN.**[8]). — **De qua re et de omnibus suprascriptis** stipulatus est NN.[9]) —

Eine Urkunde über einen Societätskontrakt wird bei Paulus fr. 71. pr. pro soc. so referirt:

Duo societatem coierunt, ut grammaticam docerent: — de ea re quae voluerunt fieri, pacto convento praescripserunt: deinde inter se his verbis stipulati sunt: **haec quae supra scripta sunt ea ita dari fieri — spondes.**

Überaus häufig wurden solche Stipulationen auch den Dotalinstrumenten einverleibt z. B. fr. 45. 48. solut. matr. Namentlich aber erscheint die sogenannte *clausula doli* bei Stipulationen schon bei Papinian fr. 121. de V. O. so gefaßt, wie sie gewiß schon damals einen gewöhnlichen Bestandtheil der cautiones bildete.

---

6) Spangenberg 247. — 7) Spangenberg 240. — 8) Spangenberg 256. — 9) Spangenberg 262.



Bemerkenswerth und charakteristisch ist dabei, daß im Verlauf der Zeit die Stipulationsklausel sich immer mehr abschleift, immer abstrakter und schematischer wird. Sie bildet keinen eigenen Satz mehr, die Namen der Kontrahenten und die Bezeichnung des Geschäfts bleiben daraus weg, so daß die gewöhnlichste Formel des sechsten Jahrhunderts: „de qua re et de quibus omnibus suprascriptis stipulatione et sponsione solemniter interposita"[10]) — beliebig in jede Urkunde eingeschoben oder angehängt werden kann. Ja in einer Urkunde aus dem Jahre 616 schrumpft sie zu dem einfachen: sub stipulatione et sponsione interposita." zusammen.

Haben wir in der vorigen Abhandlung gesehen, wie allmälig die selbstständige civile Natur der Stipulation zu einem Bestärkungsmittel der Verträge herabgesetzt ward, so wurde auch in der Form diese Denationalisirung und Auflösung der Stipulation bis Justinian beinahe vollendet. Die Hauptmomente sind:

1. Die Gestaltung der Stipulationsform zu einer Schlußklausel. Schon zu Varro's Zeit war man über das ursprüngliche einfache dare spondes weit hinausgegangen. Wie die Nebenberedungen bei der Mancipation fast Alles aufnehmen konnten: (uti lingua nuncupassit:) so nahm auch die Stipulation ein facere, praestare in sich auf. Offenbar durch die Virtuosität der alten Juristen in Konzeption von Formeln entstanden schon frühzeitig umfassende sehr komplizirte Geschäftsformulare:

Emtor stipulatur *prisca* formula sic: illasce oves, qua de re agitur, sanas recte esse,

10) z. B. Spangenberg 215. 225. 227. 276. 280. 285. 289.

**uti pecus ovillum, quod recte sanum est extra luscam surdam minam, id est ventre glabro, neque de pecore morboso esse habereque recte licere: haec sic recte fieri spondes?**

***Stipulamur sic:*** **illosce boves sanos esse noxisque praestari? — illosce juvencos sanos recte deque pecore sano esse, noxisque praestari spondes? — illasce sues sanas esse habereque recte licere noxisque praestari, neque de pecore morboso esse spondes? — illas capras hodie recte et bibere posse habereque recte licere spondes? (Varro re rust. II. 1—8.)**

Formeln nach diesem Zuschnitt eigenen sich zwar noch immer wörtlich zu mündlicher Rede und Gegenrede, aber schon ihre Umständlichkeit führte zu dem Bedürfniß schriftlicher Aufzeichnung. Diese später vorkommenden Stipulationsurkunden finden wir nun aber regelmäßig in referirender Form gefaßt: eaque ita dari fieri ***stipulatus est*** ille, ***spopondit*** ille. Dabei fällt der Zwang zu einer strengen Konzeption der Worte weg. Diese Klausel läßt sich ungezwungen an jede Verabredung anhängen; sie wird zu einem Schema, welches zuletzt immer mehr abgeschliffen, eine Fassung erhält, die an unsere Klausel „nach Wechselrecht" erinnert.' Zur Zeit der klassischen Juristen waren diese schematischen Schlußklauseln schon völlig geläufig. Ulpian fr. 7. §. 12. de pactis:

**Quod fere novissima parte pactorum ita solet inseri, rogavit Titius, spopondit Maevius: haec verba non tantum pactionis loco accipiuntur, sed etiam stipulationis. Ideoque ex stipulatu nasci-**

tur actio: nisi contrarium specialiter approbetur, quod non animo stipulantium hoc factum est, sed tantum paciscentium.

Die Echtheit dieser Stelle in der Hauptsache wird sich trotz der verdächtigen Fassung des Schlußsatzes kaum bezweifeln lassen. Vielleicht war schon damals die Stipulationsklausel so mechanisch geworden, daß sie auch wohl gedankenlos da geschrieben wurde, wo eigentlich keine Stipulation beabsichtigt war. Auch wird die Klausel bei andern Juristen als geläufige Formel erörtert z. B. bei Scaevola fr. 135. §. 3. de V. O.:

Ea lege donatum sibi esse a Seja servum et traditum, ut ne — — scripsit, et *haec ita stipulante Seja spopondit Titius.* (vgl. fr. 37. §. 3. de legat. II.)

Bei Papinian fr. 11. §. 2. de duob. reis:

Quum ita *cautum* inveniretur: Tot aureos recte dari stipulatus est Julius Carpus, spopondimus ego Antoninus Achilleus et Cornelius Dius.

Bei Paulus fr. 43. de admin.:

Quoniam in instrumento ita scriptum sit: ille patruus et curator stipulanti spopondit.

Um der Klausel die vollen, über alle Theile der Verabredung übergreifenden Wirkungen zu sichern, dienten folgende Regeln, f. 140. pr. V. O. (Paulus):

Pluribus rebus propositis ita stipulatio facta est: ea *omnia quae suprascripta sunt, dari?* propius est, ut tot stipulationes quot res sint. (fr. 29. pr. eod.)

fr. 134. §. 3. de V. O. (Paulus):

Quotiens pluribus specialiter actis stipulatio una



omnibus subjicitur, *quamvis una interrogatio et responsum unum subjiciatur:* tamen proinde haberi, ac si singulae species in stipulationem deductae fuissent.

§. 1. eod.: plerumque *ea, quae in praefationibus convenisse concipiuntur*, etiam in stipulationibus repetita creduntur, sic tamen, ut non ex ea repetitione inutilis efficiatur stipulatio.

Ebenso wichtig ist die Regel Ulpians für Stipulationsurkunden fr. 40. de R. C.: pacta in continenti adjecta stipulationi inesse creduntur: so daß also die Stipulationsklausel auch mitten unter eine Reihe Verabredungen an beliebige Stelle gesetzt werden konnte *).

2. Neben der altrömischen Formel dari spondes? spondeo, waren schon zu Gajus Zeit (III. 93.) die dem jus gentium angehörigen formlosen: Dabis? dabo[11]) — promittis? promitto — Facies? faciam — anerkannt; ebenso vollgültig konnten schon damals griechische Worte gebraucht werden, δώσεις· δώσω — ὁμολογεῖς· ὁμολογῶ — ποιήσεις· ποιήσω: wenn nur beide Theile der Sprache mächtig waren. Unter dieser Voraussetzung erklärt Ulpian sogar jede Sprache für anwendbar, und selbst Frage und Ant-

*) So ist auch wohl das bei Cujacius (obs. 10, 24.) erörterte Reskript c. 29. de pact. zu verstehen:

Petens *ex stipulatione quae placiti servandi causa secuta est, seu antecessit pactum, seu post statim interpositum sit*, recte secundum se ferri sententiam postulat.

Hier mit Cujacius an eine mündliche Stipulation zu denken, die zur Einkleidung eines pactum dienen soll, welches erst nach der Stipulation zu Stande kommt, ist logisch nicht gut möglich. Die Parteien müssen sich doch bei Eingehung der Stipulation etwas (eine causa) gedacht haben, und wenn sie darüber einig waren, so war ja das pactum schon perfekt, ging also vorher. — 11) Dabin? dabuntur — kommt, freilich in einer palliata, schon bei Plautus vor Bacchid. IV. 8. 42. Pseud. IV. 6. 16.

Digitized by Google

wort in verschiedenen Sprachen für zulässig; jedoch mit dem Zusatz, daß dies zur Zeit des Sabinus zweifelhaft gewesen sei. (dubitari potest ex scriptura Sabini fr. 1. §. 6. de V. O.)

Damit war zur Denationalisirung der Stipulation einer der wichtigsten Schritte geschehen. Nicht Frage und Antwort, sondern gerade die bestimmten Worte dare und spondes charakterisiren die Stipulation; gerade an diese Worte knüpft sich die römische Vorstellung, welche der verborum obl. die eigenthümlichen Wirkungen eines creditum verleiht. Frage und Antwort an sich sind ein so einfacher Ausdruck des Konsenses, daß er bei vielen Völkern vorkommt, ja wohl überall vorkommen wird. Auch bei den Konsensualverträgen war Frage und Antwort üblich. Varro de re rust. II. 2.:

> In emtionibus jure utimur eo, quod lex praescripsit. — De reliquo antiqua fere formula utantur, quum emtor dicit: *tanti sunt mihi emtae?* et ille respondet: *sunt*, et expromittit nummos.

Noch in den Pandekten finden sich häufige Reminiscenzen an diese Form, z. B. fr. 7. §. 2. fr. 64. fr. 34. §. 6. de contr. emt.:

> Si emtio ita facta fuerit: Est mihi emtus Stichus aut Pamphilus? in potestate est venditoris, quem velit dare, *sicut in stipulationibus.*

Es ergiebt sich hieraus zugleich mit Bestimmtheit, daß man diese Frage und Antwort von der Stipulation wohl unterschied. Bei Varro erscheinen, namentlich in Nebenabreden zum Kauf, solche Frageweisen öfter; auch die coemtio geschah in Form von Frage und Antwort. Bei Varro, und sehr häufig noch in Pandektenfragmenten (z. B. fr. 19. §. 2. de aed. ed. fr. 14. §. 9. fr. 17. §. 20. fr. 19. 20. eod.)

Digitized by Google

werden die frageweisen Abreden beim Kauf durch *dicere* im Gegensatz des promittere, spondere bezeichnet. Der Ausdruck cavere umfaßt beides. Das „dicere dotem" geschah in ähnlicher Redeweise.

Bei der Formel praestabo, faciam fehlte also gerade das charakteristische Merkmal der Stipulation: sie nähert sich schon merklich der generellen Form des Konsenses durch Frage und Antwort. Der Unterschied lag nur noch in der direkten personell gefaßten Frage facies? während die Antwort schon frühzeitig „dabuntur" oder „quidni" lauten konnte. (fr. 1. §. 2. de V. O.) Den letzten Schritt that Leo im Jahre 469 (c. 10. de contr. emt.) durch Aufhebung der Nothwendigkeit direkter Frage und genauer Übereinstimmung zwischen Frage und Antwort:

> Omnes stipulationes etiamsi *non solemnibus vel directis* sed *quibuscunque verbis consensu contrahentium* compositae sunt, legibus cognitae suam habeant firmitatem.

Justinian drückt den Sinn der Konstitution so aus:

> sensum et consonantem intellectum ab utraque parte solum desiderat. (§. 1. J. de V. O.)

So generell möchte indessen Leo's Verordnung nicht zu verstehen sein. Leo hatte nur an Stelle der *directa, solemnia—quaecunque verba* gesetzt: es blieb also das Requisit der Wechselrede. Die Erfordernisse der Stipulation beschränken sich nun darauf, daß

a) beide Theile sprechen,
b) beide Theile einander hören und verstehen,
c) der promissor übereinstimmend antwortet,
d) der promissor *in continenti* antwortet.

Doch auch dies ist nur so gemeint, daß eine mäßige Unter-

brechung nicht schadet, sofern nur *unitas actus* anzunehmen ist: Si praesens interrogavit, et mox discessit, et reverso responsum est, obligat. Intervallum enim modicum medii temporis non vitiat obligationem (fr. 1. §. 1. de V. O.)

Jedenfalls war seitdem die Varronische Formel: Tanti mihi emtae sunt? sunt, — nicht mehr als Konsensualkontrakt, sondern als Stipulation zu behandeln.

3. Diese laxe Gestaltung der Stipulationsform mußte indirekt auf die Stipulationsurkunden zurückwirken. Die Formulare Varro's eignen sich noch gleichmäßig, gesprochen und geschrieben zu werden. Seitdem nun aber die einfache feste Formel spondesne? spondeo, nicht mehr nöthig war, entstand die Schwierigkeit festzustellen, ob in längern Reden und Gegenreden ein dabis? dabo, facies? facio, oder (seit Leo) ob überhaupt consonantia verba vorgekommen waren. Wohl konnte dazu der Zeugenbeweis dienen. Aber seit die Geschäfte komplizirter wurden, eignete sich der Zeugenbeweis nicht mehr, den materiellen Inhalt umfassender Verabredungen und Nebenabreden festzuhalten. Es lag ferner immer häufiger im Interesse beider Theile, den Inhalt der Verabredungen nicht öffentlich zu machen. Das praktische Bedürfniß wies also auf Urkundenbeweis zurück. Wie sollte nun aber sicher bekundet werden, daß beide Theile wirklich gesprochen, übereinstimmend gesprochen, sich gegenseitig gehört und verstanden und die *unitas actus* beobachtet sei? Um dem stipulator ein vollständiges Beweismittel zu geben, hätte dies der promissor mit beurkunden müssen. Diese Schwierigkeit finden wir gelöst durch einen zuerst bei Paulus und Ulpian vorkommenden Satz. Paulus sent. rec. V. 7. §. 2.:

Verborum obligatio inter praesentes, non etiam inter absentes contrahitur. *Quod si scriptum fuerit instrumento, promisisse aliquem, perinde habetur, atque si interrogatione praecedente responsum sit.* (ebenso §. 17. de inutil. stip.)

Paulus fr. 134. §. 2. de V. O.:

Respondit: cum Septicius litteris suis praestiturum se *caverit* pecuniam et usuras eius semisses quae apud Sempronium depositae sint, *si inter praesentes actum est, intelligendum etiam a parte Titii praecessisse verba stipulationis;*

übereinstimmend c. 1. de contr. stip. aus dem Jahre 200:

Licet epistolae quam libello inseruisti, *additum non sit, stipulatum esse eum, cui cavebatur,* tamen si res inter praesentes gesta est, *credendum est,* praecedentem stipulationem vocem spondentis secutam.

Nur eine Anwendung dieses Prinzips auf die Stipulationen der fidejussores enthält Ulpian. fr. 30. de V. O.:

Sciendum est generaliter, si quis scripserit se fidejussisse, *videri omnia solemniter acta.*

§. 8. J. de fidejuss.:

In stipulationibus fidejussorum sciendum est generaliter hoc accipi, *ut quodcunque scriptum sit quasi actum, videatur etiam actum.* Idemque constat, si quis *scripserit se fidejussisse, videri omnia solemniter acta.*

Der Sinn dieser Beweisregel ist der. Es bedarf im Schuldscheine nicht der wörtlichen Anführung dessen, was Gläubiger und Schuldner gesagt haben; ebensowenig eines ausdrücklichen Bekenntnisses darüber, daß beide Theile ge-

sprochen, sich einander gehört und verstanden, daß beide übereinstimmend gesprochen, und alles dies *uno actu* vorgenommen haben.

Wenn aber der Schuldner im Scheine bekannte: **stipulatus est, rogavit N. N., spopondi, promisi ego A. A.**, so wußte man, was damit gemeint sei. Die Form und das Wesen der Stipulation war ja volksthümlich und bekannt. Die alten Formeln blieben hier also noch üblich und nothwendig. Es kommen in den Pandekten Scheine vor, in welchen das Versprechen durch **praestabo**, *συμφωνῶ καὶ ὡμολόγησα*, **dabo, confestim tibi numerabo etc.** ausgedrückt ist, welche aber von den Juristen nicht als Stipulationsurkunden behandelt werden[12]), weil sich aus diesen Worten allein nicht ergiebt, ob die sonstigen Erfordernisse beobachtet sind.

Eine mündliche Stipulation kann auch ohne die alten Formeln bestehen. Soll aber ein schriftliches Bekenntniß des mündlich Geschehenen gegeben werden, so dienen sie als technische Bezeichnung der Übereinstimmung zwischen Rede und Antwort. Ein Beispiel enthält **fr. 57. de donat. int. V.**: **Quum petenti mihi, domine carissime, annuerit indulgentia tua XX. ad expediendas quasdam res meas, quae summa mihi numerata est sub ea conditione, ut si — divortium per me factum probabitur, tunc XX, quae mihi hac die donationis causa dare voluisti, daturam, restituturam me sine ulla dilatione spondeo: Paulus respondit, pe-**

---

12) z. B. **fr. 61. de O. et A. fr. 24. 26. §. 1. depos. (16. 3.) fr. 59. mand. (17. 1.) fr. 60. §. 4. eod. fidem meam interponere non dubito.**



cuniam, quam vir uxori donavit *ex stipulatione proposita,* si conditio ejus extitit, peti posse.

Das gebrauchte Wort „spondeo" genügt hier, jenes Schuldgeschäft unbedenklich als Stipulation zu behandeln. Gerade an diesem Beispiel wird es am anschaulichsten werden, wie es oben gemeint ist: „intelligendum est etiam a parte Titii (mariti) *praecessisse* verba stipulationis". oder: „credendum est praecedentem stipulationem vocem spondentis secutam."

Jene Vermuthung für Beobachtung der Form ist aber keine einfache Beweisvermuthung, sondern eine Fiktion. Dafür sprechen entschieden die Wortfassungen: *„perinde* habetur, atque", — *„intelligendum* est", — *„credendum* est", — *„videri omnia* solemniter acta", — „quod scriptum sit quasi actum, *videatur* etiam actum." Die Schrift vertritt geradezu die Stelle der Wechselrede; und wenn 100 Zeugen darthäten, daß die Kontrahenten keine Silbe gesprochen und geantwortet haben, so wird doch eine verborum obligatio angenommen. Die Schrift ist also nicht mehr bloß Beweis der Handlung: die Ausstellung der Schrift selbst ist zur Handlung geworden. In späteren Urkunden (z. B. S. 242. oben) kommt daher auch geradezu: „contradedi cautionem" vor. Liegt darin nicht eine wirkliche Änderung der Form?

Manche Analogieen zur Beantwortung dieser Frage bietet die Testamentsform. Das Mancipationstestament war ursprünglich auf mündliche Reden und Gegenreden berechnet. Um den materiellen Inhalt den Zeugen vorzuenthalten, schob man dann eine Urkunde in den feierlichen Akt ein, neben welcher die alte umständliche nuncupatio linguae zu einer Solennisirungsklausel herabsank. Die Authenticität der Ur-

kunde war nach antiker (namentlich griechischer) Sitte hauptsächlich durch Verschlußsiegel der Zeugen festzustellen. Die Urkunde war die einzige sinnlich wahrnehmbare Folge des Akts. Fand sich nun eine solche Urkunde im Nachlaß, war aus den Siegeln und deren Beischrift ersichtlich, daß die zur Mancipation nöthige Zahl von Personen zugezogen war: so entstand eine gewisse Vermuthung, „omnia solemniter acta esse", auf Grund deren der Prätor eine **B. P.** secundum tabulas gab. Noch zur Zeit des Gajus war dies eine bloße Vermuthung. Ermittelt sich im Erbschaftsprozeß, daß die Mancipationsform doch nicht gehörig beobachtet sei (non jure factum esse testamentum), so muß der Testamentserbe weichen. Wo nun aber kein Civilerbe vorhanden ist, bleibt es bei jener Vermuthung; und seit Mark Aurel wird auch der Civil-Intestaterbe mit seiner Behauptung, „non jure testamentum factum esse", durch doli exceptio zurückgewiesen. (Gaj. II. 119—121.) Damit war eine neue, prätorische Testamentsform entstanden.

So auch ungefähr gleichzeitig bei der Stipulationsurkunde. Die Fiktion der Beobachtung der Stipulationsform enthält in sich eine neue Form. Es genügt dazu sogar eine einseitige Ausstellung der Urkunde: si *(debitor)* scripserit *se* promisisse videri *omnia* solemniter acta. Die Einwilligung des Gläubigers liegt in der Annahme des Scheins. Statt stipulanti promittere sagt man seitdem auch: „cautionem *emittere, exponere* in aliquem" u. s. w. Ähnlich „cautionem juniorem accipere" in c. 8. de novat.

Neben einem solchen Schriftwechsel noch pedantisch eine mündliche Wiederholung der Formeln zu verlangen, lag nicht im Geiste der Kaiserzeit.

Ließ man aber einmal die Schrift als Willensäußerung

zu, so mußte man auch konsequent anerkennen, wenn ein Anderer für die Kontrahenten in deren Gegenwart und mit deren Willen schrieb. Daher z. B. die häufigen Aufzeichnungen der Art durch Sklaven in Gegenwart des Herrn:

„NN. servus actor scripsi coram subscribente et assignante domino meo, accepisse eum a J. Zosa mutua C., quae dari Kal. Novembr. stipulatus est Zosas, spopondit Candidus dominus meus." [12]

Noch häufiger später, z. B. in einer Urkunde v. J. 540:

Scripsi ego Stephanus Forensis, rogatus et petitus a Domnico h. v., *ipso praesente, adstante mihique dictante* et subter manu sua propria pro ignorantia litterarum signum faciente, et testes ut subscriberent conrogavit. Constat eum hac die jure optimo distraxisse et distraxit, tradidisse et tradidit Montano portiones ex fundo Domicilii etc.[3]).

Die ganze Form reduzirt sich dadurch zuletzt auf eine einfache Unterschrift. Wenn also Ausstellung eines Scheins mit der Stipulationsklausel einerseits, und dessen Annahme andererseits (unter Gegenwärtigen) die Stipulation ausmacht, so könnte zweifelhaft scheinen, ob dieser Obligation fortan noch der Name *verborum* und nicht vielmehr litterarum obligatio gebühre. Der römische Sprachgebrauch bleibt indessen bei der alten Bezeichnung stehen. Litterarum obligatio hieß nun einmal jene durch Eintragung in die codices accepti et expensi solemnisirte Verbindlichkeit. Das Wesentliche derselben ist nicht, daß überhaupt geschrieben wird (litterae), sondern daß in die Hausbücher als expensum oder acceptum geschrieben wird. Nicht jede

---

12a) fr. 126. §. 2. de V. O. — 3) Spangenberg S. 245.

Obligation also, bei deren Eingehung Schrift angewandt wird, ist deshalb litterarum obligatio; nicht die scriptura, sondern die scripturae proprietas macht sie aus. fr. 2. de O. et A. Die Schrift war ja auch bei der Stipulationsurkunde nicht wesentlich: die Stipulation ist und bleibt auch mündlich gültig. Und selbst in der schriftlichen Fassung dachte man sich die Schriftzeichen doch nur als Ausdruck der Worte: nicht die Schriftzeichen, sondern die dadurch gesagten Worte machen die verborum obligatio. Gerade bei Paulus, welcher zuerst die eigenthümliche Fiktion bei Stipulationsurkunden ausspricht, findet sich folgende merkwürdige Stelle. fr. 38. de O. et A. (lib. 3. ad Ed.):

> Non *figura literarum*, sed *oratione quam exprimunt* literae obligamur: *quatenus* placuit non minus valere quod scriptura, quam quod vocibus lingua figuratis significatur.

Dies paßt vollkommen für die Bedeutung der Stipulationsurkunden. Freilich nimmt man gewöhnlich als ausgemacht an, daß diese Stelle sich auf die nominum obligatio der Argentarien beziehe, da Paulus im 3ten Buche ad edictum von der Edition solcher Urkunden gehandelt habe. Allein daraus folgt noch lange nicht, daß nur von der Editionspflicht der Argentarien gehandelt war. Zu ediren sind überhaupt: „*omnia* instrumenta, quae quis apud judicem editurus est." Warum sollte in dem Kommentare zum Edikt de edendo nicht auch von Edition der cautiones die Rede sein? wie bei Ulpian fr. 1. §. 4. de edendo:

> Edere non videtur, qui *stipulationem* totam non edit.

Ja wir wissen aus anderen Fragmenten, daß Paulus libr. III. ad edictum von der Form der Konventionen

und von Schuldurkunden und Stipulationen handelte, z. B. fr. 2. 4. 6. 13. 17. 27. de pactis. fr. 9. de edendo. Wir sind also sehr wohl zu der Annahme berechtigt, daß Paulus in jener Stelle darthun wollte, daß die zur Urkunde gewordene Stipulation eine *verborum* obligatio bleibe. Hierauf paßt der Wortsinn der Stelle am besten; ich wüßte nicht, wie man treffender das Verhältniß erklären könnte.

Ob man freilich nicht im Konstitutionenlatein der christlichen Kaiserzeit, als die alte litterarum obl. vergessen war, diese wirklich aus einer Urkunde entspringende Obligation zuweilen litt. obl. genannt habe, kann dahin gestellt bleiben. Möglich aber ist es, die Konstitution des Theodosius Th. C. de denunc. c. 6. so zu verstehen:

Si quis debiti, quod vel ex foenore, — vel ex alio quolibet titulo in litterarum obligationem facta cautione translatum est, dirigat actionem.

Der Austausch der Stipulationsurkunde ersetzt also die Form der Wechselrede. Darin fehlt nun aber noch das Moment der unitas actus. Dies wird durch jene Fiktion nicht ersetzt, bleibt vielmehr insofern daneben, als der Austausch der Urkunde *inter praesentes* geschehen muß. Darauf reduzirt sich jetzt die unitas actus. Daher heißt es in zwei der obigen Stellen ausdrücklich:

„*si inter praesentes actum est,* intelligendum est etiam (a parte Titii) praecessisse verba stipulationis."

Wenn in den drei anderen Beweisstellen diese Bedingung nicht ausdrücklich beigefügt ist, so erscheint das weder als Widerspruch, noch eigentlich als Ungenauigkeit: es schien sich vielmehr wohl von selbst zu verstehen. Daß namentlich auch in den cautiones fidejussorum die Gegenwart der Kon-

Digitized by Google

trahenten nöthig war, ergiebt z. B. fr. 60. mand., wo Scävola einen Schein, in welchem jemand bekennt „se fidejussisse", doch nicht als cautio, sondern als formloses Mandat behandelt. Ferner wird das Erforderniß der Gegenwart öfter als Hauptunterschied der verborum obl. von den Konsensualverträgen hingestellt, z. B. fr. 134. §. 2. de V. O. §. 1. J. de obl. qu. cons.

Der Schuldner pflegte daher in der cautio ausdrücklich den Gläubiger als praesens zu bezeichnen (z. B. in der Briefform praesens praesenti salutem[13]). Ebenso pflegte man durch die Zeugen die Gegenwart der Kontrahenten mit beurkunden zu lassen, z. B. durch die Wendung: ipsis praesentibus testis subscripsi[14]). Dem promissor steht aber natürlich der Gegenbeweis offen. Hier tritt nun endlich

4. die letzte von Justinian herrührende Modifikation ein, durch die bekannte c. 14. de contr. stip., nach welcher auch die Gegenwart fingirt werden soll, wenn beide Theile in der Urkunde als gegenwärtig bezeichnet sind (tales scripturas omnifariam esse credendas); wobei dem promissor nur der Gegenbeweis bleibt, daß er oder der Gegner an dem Tage der Ausstellung nicht in der civitas anwesend war, aus welcher die Urkunde datirt ist.

Noch ein anderer Punkt veranlaßte eine nähere Bestimmung. Da es nämlich für Honoratioren als nicht recht schicklich angesehen wurde, Geldgeschäfte persönlich abzuschließen, so pflegte man Sklaven zuzuziehen. Der promissor ließ den Sklaven „se adsentiente et adstante" schreiben; der *stipulator* konnte sogar ohne weiteres sei-

---

13) Liebe Stipulation S. 21 ff. Spangenberg S. 53. — 14) Spangenberg S. 375.

nen Sklaven handeln lassen. Zum Beweise der Gültigkeit der Stipulation gehörte hier auch noch der Nachweis, daß der Sklave gegenwärtig und im Eigenthum des Kontrahenten war. Auch dies soll unbedingt fingirt werden.

Diese Fiktionen, daß eine Person anwesend gewesen, die es nicht war; daß ein Sklave jemandem gehöre, dem er nicht gehört, sind allerdings so stark, daß dadurch im Grunde das Wesen der Stipulation zerstört ist. Die beiden letzten Reste, an welchen die Stipulationsform noch in der cautio erkennbar blieb, waren:

a) die Beibehaltung der Formeln stipulatus est, spopondit, fidejussit. Diese blieben zwar zweckmäßige Klauseln, um durch ein herkömmliches Wort die certitudo voluntatis auszudrücken; indessen konsequent war diese Beibehaltung insofern nicht, als bei der mündlichen Stipulation jede kongruenten Worte genügten, und die Schrift doch praktisch schon an Stelle der Wechselrede getreten war.

b) Das Erforderniß der Gegenwart der Kontrahenten. Dies ist praktisch beinahe aufgehoben durch Justinians Fiktion. Die Stipulation kann auch unter Abwesenden geschlossen werden; es genügt, wenn beide an demselben Tage auch nur einen Augenblick in derselben civitas waren; Personen, die an verschiedenen Orten wohnten, konnten sich leicht durch irgend einen Sklaven oder Bevollmächtigten helfen.

Statt dieser ungeschickten Fiktion wäre es konsequenter gewesen, das Requisit der Anwesenheit ganz fallen zu lassen und jedem Schuldscheine die Wirkungen der Stipulation geradezu beizulegen. Diesen letzten Schritt hat indessen erst eine Novelle Leo's (nov. 72.) gethan, und damit ist direkt das Ziel erreicht, wohin die Rechtsbildung seit den klassischen Juristen entschieden hinneigte, und sich nur begnügte, diese

Richtung durch Fiktionen zu verstecken. In einem speziellen Falle hat schon Justinian diesen weiteren Schritt gethan. c. 4. §. 6. de recept. arbitr.:

> Si quis autem post arbitri definitionem *subscripserit* ἐμμένειν, vel πληροφορεῖν, vel διδόναι, etsi non adjecerit ὁμολογῶ, et sic omnimodo per actionem in factum eum compelli ea facere. *Qualis enim differentia est,* si hujusmodi verbis etiam ὁμολογῶ adjiciatur, vel hujuscemodi vocabulum omnimodo omittatur? *Si enim verba consueta stipulationum,* et *subtilis, imo magis supervacua, observatio ab aula concessit:* nos, qui nuper legibus a nobis scriptis multa vitia stipulationum multasque ambages scrupulososque circuitus correximus, cur non et hujusmodi scriptura *totam formidinem veteris juris amputamus* —?

Interessant ist diese Stelle zunächst als Zeugniß dafür, daß noch im justinianischen Rechte die Formeln spondeo, ὁμολογῶ zur Form der schriftlichen Stipulation nothwendig waren: dann aber auch als unwillführliches Geständniß dafür, daß Justinian konsequent die Stipulation hätte für formlos erklären müssen. (vgl. c. 2. de constit. pec.)

Zu demselben Ziele ist schon die westgothische interpretatio zu Paulus V. 7. §. 2. gekommen. Nur bei der mündlichen Stipulation bedarf es noch der Gegenwart, um die Übereinstimmung (dem Sinne nach) zwischen Frage und Antwort zu erreichen. Dagegen gilt jeder Schein, in welchem jemand eine Leistung verspricht, als Stipulation, ohne Rücksicht auf die gebrauchten Worte oder Gegenwart der Parteien.

Verborum obligatio *ideo* inter praesentes constare

Digitized by Google

videtur, quia necesse est, ut is qui aliquid redditurum se promittit, ad creditoris interrogata respondeat. *Sed si scribat aliquis,* se quamquam summam redditurum, *ita habetur* quasi ad interrogata responderit.

Aus dem scripserit se *promisisse* ist hier ein scribat se redditurum geworden; das Erforderniß der Gegenwart wird ignorirt.

Nachdem wir so diese Fortentwickelung bis zum formlosen Schuldscheine verfolgt haben, bleibt uns noch ein Rückblick übrig auf den Gebrauch der cautiones. Wie die Erleichterung der Form offenbar Zeichen des häufigen Gebrauchs ist, so hat umgekehrt diese Erleichterung der Form auf die Vermehrung ihres Gebrauchs zurückgewirkt. Man kann sich deren Gebrauch im neueren römischen Rechte nicht häufig genug denken. Eine solche Scriptur gewährte rechtlich und faktisch mehr Sicherheit als alle früheren Obligationsformen, und zwar in so leichter Weise, daß ein Gläubiger nicht leicht Gebrauch davon zu machen versäumte. Wie eine mündliche Mancipationstestamentsform neben der schriftlichen blieb, jene aber faktisch das Gewöhnliche war: so beinahe verhielt es sich wohl mit der mündlichen zur schriftlichen Stipulationsform. Ja im justinianischen Rechte kommt das „stipulationem scribere" als gleichbedeutend vor mit stipulationem facere, z. B. c. 1. pr. de rei ux. act.:

Rei uxoriae actione sublata sancimus, omnes dotes per ex stipulatu actionem exigi, *sive scripta fuerit stipulatio sive non*, ut intelligatur re ipsa stipulatio esse subsecuta; eodemque modo et si inutiliter *facta* est stipulatio. — Est enim consenta-

neum nobis, qui censemus, et ubi stipulatio *supposita* non est, intelligi eum fuisse *adhibitam* — ähnlich nachher: simili modo intelligi factam stipulationem et hypothecam ex utraque parte, *quasi fuerit scripta.*

Ein überraschendes Beispiel dieses Gebrauchs werden wir in §. 2. J. de exc. kennen lernen.

## §. 3.

## Querela non num. pec. gegen Stipulationsurkunden.

Wie gegen mündliche, so findet nun auch gegen schriftliche Stipulationen eine doli exceptio und condictio wegen Mängel des zu Grunde liegenden Geschäfts statt. Der stipulator wird dadurch zum Beweise der causa genöthigt, kann sich dazu aber der Stipulationsurkunde selbst bedienen, welche ja regelmäßig ein spezielles Geständniß des Schuldners darüber enthält. Dies gilt natürlich auch bei den praktisch wohl häufigsten *) Stipulationsurkunden, — denen über Darlehnsgeschäfte.

Gerade bei diesen finden wir nun aber in den Kaiserkonstitutionen statt der einfachen doli exceptio das eigenthümliche Institut der querela oder exceptio non num. pec. binnen einem Jahre, seit Diokletian binnen 5, seit Justinian binnen 2 Jahren. Alle Konstitutionen über

*) Wenn irthümlich in der interpretatio zum Theod. Codex, zu Paulus und im Westgothischen Gajus die Stipulation als ein Geschäft definirt wird, in welchem jemand „Gegebenes zurückzugeben" verspricht, — so ist das gewiß ein charakteristischer Beleg zu der Häufigkeit der Stipulationen über Darlehne.



diese exc. n. n. p. können auf Stipulationsurkunden bezogen werden; die größere Hälfte derselben spricht sogar ausdrücklich nur von solchen. Das Abweichende dieser Neuerung liegt darin:

1. die querela n. n p. findet binnen 1, 5, zuletzt binnen 2 Jahren statt. Bei der doli exceptio gegen Stipulation erscheint in allen oben angeführten Stellen (von Julian, Gajus, Paulus und Ulpian) keine Spur einer Zeitbeschränkung. Sie muß also perpetua gewesen sein, wie alle, namentlich auch die doli exceptiones.

2. die querela n. n. p. ist ihrem Erfolge nach gerichtet gegen die Beweiskraft eines Schuldscheins, mag dieser eine Stipulationsklausel enthalten oder nicht: die doli exc. aber gegen die obligatorische Kraft der Stipulation, mag diese geschrieben sein oder nicht.

3. die Einrede gegen Urkunden wird technisch *querela* n. n. p. genannt, wenn von ihren eigenthümlichen Wirkungen die Rede ist. (Abh. I. §. 8.) Die Einrede gegen die Stipulation heißt dagegen technisch doli exceptio, und nur in besonderen Fällen wird sie einmal exc. n. n. p. genannt, wenn sie in factum konzipirt werden soll; den Namen querela n. n. p. führt sie nie.

4. Die querela n. n. p. findet dem Wortausdruck nach nur statt, wo eine Obligation durch numeratio pecuniae entstanden ist: die doli exceptio dagegen wegen jeder mangelnden causa einer Stipulation. Sie ist so mannigfaltig wie der obligatorische Inhalt einer Stipulation.

Schon ein Scholiast bemerkt daher zu fr. 30. de R. ganz richtig: die querela n. n. p. gehe nicht gegen einen gewöhnlichen promissor (ἐπερωτηθέντα τινά) sondern nur

Digitized by Google

gegen den Aussteller eines Schuldbekenntnisses (ὅτε τὸ χειρόγραφον συντίθησιν). Auch die Basiliken erwähnen in fr. 2. §. 3. und fr. 4. §. 16. de doli exc. die zweijährige querela n. n. p. gar nicht; vielmehr wird in der ersteren Stelle die Einrede schlechthin δόλου παραγραφή genannt, in der zweiten ἡ περὶ τῶν χρημάτων μὴ ἀπηριθμηθέντων: während die querela n. n. p. gegen Schuldscheine technisch ἀναργυρία heißt; die Scholiasten (Fabrot. III. S. 289. 290.) endlich unterscheiden ausdrücklich die reine exceptio doli (ἄκρατος) von der querela n. n. p. (ἀναργυρία).

Wenn also Zeitraum, Wirkung, Name und Umfang beider Rechtsmittel verschieden sind, so muß die querela non num. pec. ein verschiedenes, modifizirtes, und zwar ein später entstandenes Rechtsmittel sein. Das Letztere zu beweisen ist unsere nächstfolgende Aufgabe.

In den Pandekten findet sich keine Spur der querela n. n. p. Das Positive ihrer Zeitbeschränkung aber, ihre praktische Wichtigkeit grade bei der häufigsten Art aller Schuldscheine, denen über Darlehnsgeschäfte, ihre Abnormität überhaupt hätten beinahe unvermeidlich zu einer Erwähnung führen müssen. Die doli exceptio wegen mangelnder causa stipulationis wird in zwei Stellen ganz unbefangen (als in factum concepta exceptio) mit dem Namen exceptio n. n. p. bezeichnet. Hätte die querela oder exc. n. n. p. schon damals die technische Bedeutung einer singulären Einrede gegen Schuldscheine gehabt, so könnte sie nicht leicht so unbefangen als gleichbedeutend mit einer gewöhnlichen doli exceptio hingestellt werden. Ferner wird in dem Pandektenrecht den instrumentis, cautionibus, chirographis ohne weiteres Beweiskraft beigelegt.

Auch hier wäre eine Erwähnung unseres Instituts kaum zu vermeiden gewesen, wenn schon damals die Beweiskraft grade der häufigsten Schuldscheine eine wesentliche Ausnahme erlitt. Eben deshalb wird sie im Codex Iust. so überaus häufig erwähnt. Wir haben ferner oben bewiesen, daß der Schuldschein nach Ablauf der gesetzlichen Frist der exceptio n. n. p. eine unwiderlegliche Beweiskraft erhält. Justinian erwähnt daher im Titel de litterarum obligatione die cautiones oder chirographa, aus denen nun nach Ablauf der Frist eine besondere condictio entstehe. Auch Gajus erwähnt bei Gelegenheit der litterarum obligatio die chirographa (III. 128—37); von einer exc. n. n. p. dabei ist aber mit keiner Silbe die Rede. Wie oft wäre in den Pandekten in den Titeln de condictionibus, de rebus creditis, de fide instrumentorum, de probationibus, de exceptionibus u. s. w. Gelegenheit gewesen auf diese Wirkung zu kommen? — Endlich den direkten Beweis, daß Paulus die querela n. n. p. nicht kannte, enthält das schon oben umständlich erklärte fr. 25. de prob. wonach ein jeder,

> qui cautionem exposuit, et specialiter causas explanavit, pro quibus eam conscripsit, confessioni stare cogitur.

Sie bestand also im Laufe des zweiten Jahrhunderts nach Christus noch nicht. Die älteste Stelle, in der sie erwähnt wird, ist c. 1. de non num. pec. aus dem Jahre 197. n. Chr. — eine der schwierigsten und wichtigsten für diese Abhandlung. Anfang und Schluß der Stelle ist klar. Der Anfragende sollte ein Darlehn erhalten, stellte darüber vorläufig einen Schuldschein, cautio, aus und übergab dem Gläubiger eine Sache zu Pfand. Nun war aber die Zah-

lung der Valuta ausgeblieben. Der Kaiser bescheidet ihn dahin:

> Si pecuniam tibi non esse numeratam, atque ideo cautionem frustra emissam asseris, et pignus datum probaturus es, in rem experiri potes. *Nam intentio dati pignoris nec numeratae pecuniae non aliter tenebit, quam si de fide debiti constiterit.* Eademque ratione veritas servetur, si te possidente pignus adversarius tuus agere coeperit.
>
> Wenn du behauptest das Darlehn nicht erhalten, also ohne Grund die cautio ausgestellt zu haben, und die Hingabe des Pfandes beweisest, so kannst du es vindiziren. Ebenso kannst du dir helfen (durch eine exceptio n. n. p.), wenn du noch im Besitz des Pfandes bist und der Gegner (mit der hypothecaria actio) auf Übergabe des Pfandes klagen sollte.

Schwierigkeiten dagegen erregen die mittleren Worte:

> Nam intentio dati pignoris nec numeratae pecuniae non aliter tenebit, quam si de fide debiti constiterit.

Es sind bisher vier Interpretationen aufgestellt[1]).

Donell kann keinen andern Sinn hineinbringen, als daß er die *intentio* dati pignoris *nec* numeratae pec. als eine *exceptio* dati pignoris *et* numeratae pecuniae versteht, das Gesagte also geradezu umkehrt.

Eine zweite Erklärung giebt Hansen: „Denn wenn du behauptest das Pfand gegeben, aber keine Darlehnszah-

1) Donellus a. a. O. S. 201 — 208. Hansen 49 — 52. Unterholzner 33. not. 26. Cujacius in den notae und den recit. sol. h. t. vgl. Chassanaeus im Alex. Sev. zu c. 1. de probb.



lung erhalten zu haben, so dringst du damit nicht anders durch als wenn du die Hingabe des Pfandes beweisest" (quam si de fide debiti constiterit).

Er versteht also unter *debitum* das gegebene Pfand. Das Geschrobene einer solchen Übersetzung leuchtet ein. Der Schuldner stellt die actio in rem an, auf Rückforderung eines für eine Schuld bestellten Pfandes. Wenn er nun nachweisen soll: quod de *fide debiti* constiterit: so kann das doch verständiger Weise nur von dem Beweise der Schuld und nicht von dem Beweise der Hingabe des Pfandes verstanden werden.

Eine dritte Erklärung von Schilling referirt Unterholzner: „denn der Zweck bei Konstituirung des Pfandes (nam intentio dati pignoris), welches für ein nicht gezahltes Darlehn bestellt wurde" erscheint nur dann als erreicht, wenn die Richtigkeit der Schuld erwiesen ist.

Intentio also so viel als Zweck; pignus nec numeratae pec. soviel, als ein Pfand welches für eine non num. pec. bestellt worden. — Hievon gilt so ziemlich das vorher Gesagte.

Die vierte Erklärung hat schon Cujacius aufgestellt. **Er denkt an eine Einrede des Pfandgläubigers: „Denn wenn der Pfandgläubiger den Einwand macht, die Sache sei ihm zu Pfand bestellt und die Schuld noch nicht zurückgezahlt, so wird er nur durchkommen wenn er die Richtigkeit der Darlehnsschuld beweist.** Diese Erklärung ist für das justinianische Recht die richtige. Unsere Stelle findet sich nämlich zum zweiten Mal c. 1. si pign. convent., wo statt *nec numeratae* pec. *neque redditae* pec. gesetzt wird. Wir haben also eine authentische Deklaration; in Vergleich zu welcher die drei übrigen Erklärungsarten

zusammenfallen. Dessenungeachtet können wir uns nicht verhehlen, daß auch diese Erklärung höchst gezwungen ist.

a) intentio dati pignoris statt exceptio. Es wird wohl gesagt, daß der Beklagte „excipiendo fit actor"; daß die exceptio eine *quasi* intentio sei (fr. 1. de exc. fr. 19. §. 1. de probat.). Nie aber bezeichnet intentio geradezu eine Einrede, vielmehr grade die Anführung des Klägers.

b) nec *numeratae* pec. für nec *redditae*. Numerare pecuniam kommt sonst wohl vor für Zahlen. Aber hier sollte es grade zu soviel als Zurückzahlen, renumerare sein? — Ein solcher Sprachgebrauch ist unerweislich und um so auffallender, als unmittelbar vorher dieselben Worte (si *pecuniam non esse numeratam* asseris) in der ordentlichen Bedeutung gebraucht werden.

c) Ferner ist es wunderbar, daß dem Schuldner eine exc. dati pignoris *neque redditae pecuniae* in den Mund gelegt wird. Die Rückzahlung zu behaupten wäre Sache des Gegners!

d) Kurz vorher heißt es: der Schuldner solle nachweisen, daß er die Sache zu Pfand gegeben habe (*si pignus datum probaturus es*). Nun wird fortgefahren: wenn der Gegner behauptet, daß die Sache ihm zu Pfand bestellt sei u. s. w. (nam *intentio* dati pignoris non aliter tenebit). Wenn der Beklagte exzipirt, ihm sei die Sache als Pfand bestellt, wozu braucht Kläger das noch zu beweisen? —

e) Der Pfandgläubiger soll mit seiner exceptio dati pignoris nur durchkommen, si de fide debiti constiterit, d. h. wenn er nachweist, daß die Darlehnssumme gezahlt sei, wozu er des Schuldscheins ungeachtet durch die exc.

n. n. p. genöthigt werden kann. Dies müssen wir ziemlich gewaltsam suppliren.

Bei dieser Lage der Sache hätte man wohl zu dem nahe liegenden Gedanken kommen können, daß die intentio non *redditae* statt non *numeratae* pecuniae ein verunglücktes Glossem der Kompilatoren sei, und eben deshalb hätte man um so eher beachten sollen, daß noch ein zweites Wort der Konstitution verdächtig ist, nämlich das *asseris* im ersten Satze. Während das „*asseris*" sich in allen Handschriften der c. 1. de n. n. p. findet, so fehlt es gagegen in der c. 1. si pign. conv. bei Haloander, in dem (in der Kriegelschen Ausgabe verglichenen) bambergischen, veronesischen und einem leipziger Manuscript; — und diese Leseart möchte den Vorzug verdienen. Denn wie das asseris in die übrigen Manuscripte und Ausgaben gekommen ist, erklärt sich einfach daraus, daß es aus der lex geminata aufgenommen ist: während das Gegentheil unerklärlich wäre. Stellen wir danach den ursprünglichen Text her:

Si pecuniam tibi non esse numeratam, atque ideo frustra cautionem emissam et pignus datum probaturus es, in rem experiri potes. Nam intentio dati pignoris nec numeratae pecuniae non aliter tenebit, quam si de fide debiti constiterit. Eademque ratione veritas servetur, si te possidente pignus adversarius tuus agere coeperit.

„Wenn du beweisen kannst, daß du kein Geld erhalten, also ohne Grund den Schuldschein ausgestellt und ein Pfand dafür bestellt hast, so kannst du vindiziren. Dies aber mußt du beweisen. Denn deine Behauptung, daß du das Pfand gegeben und keine Valuta vom Gläubiger erhalten hast,

haft, wird dir nicht anders helfen, als wenn die Richtigkeit oder Unrichtigkeit der Schuld festgestellt ist".

Der Vindikant hatte also die Hingabe der Sache zu Pfand eingeräumt, und sogleich die Replik des Nichtempfangs der Valuta antizipirt. — So wäre eine verständige Erklärung der Stelle gewonnen. Daß der Vindikant „pignus datum esse" beweisen soll, statt den Besitz des Beklagten zu beweisen, kann kaum Anstoß erregen, da er ja durch den Beweis der Übergabe am einfachsten darthut, daß der Beklagte possessor geworden sei, und abwarten kann, ob dieser etwa behauptet: se desiisse possidere.

Es ergiebt sich aus dieser Erklärung zugleich, daß im Jahre 197 der Aussteller einer cautio noch den Gegenbeweis führen mußte: si non numeratam pecuniam probaturus es: daß also die *querela non num. pec.* noch nicht eingeführt war. So wie nun aber die Kompilatoren die Stelle vorfanden, paßte sie im justinianischen Rechte nicht mehr, mußte also interpolirt werden, — und dies ist an beiden Stellen auf verschiedene Arten geschehen:

in der c. 1. h. t. durch Einschiebung des asseris: Si pecuniam tibi non esse numeratam et ideo frustra cautionem emissam [asseris] et pignus datum probaturus es;

in der c. 1. si pign. conv. durch Verwandlung der intentio non *numeratae* pecuniae in eine intentio non *redditae* pecuniae; wodurch der ursprüngliche Sinn vollkommen geändert wird. — Beide Interpolationen haben so viel gemein, daß sie beide verunglückt sind.

Dem Alter nach die nächstfolgende Stelle über die querela n. n. p. ist c. 1. de cond. ob turpem causam von Antoninus (Caracalla) zwischen 211—215:

Si ex *cautione* tua conveniri coeperis: nullam pecuniam te accepisse, sed ob turpem et quam fieri prohibitum est interpositam cautionem, ei, qui super ea re cogniturus est, *probandum est:* et eo impleto absolutio sequetur.

Ihr sind nicht weniger als etwa sechs Interpretationen von Donell, Meurer, zwei von Pfeiffer, Glück, Hansen, Unterholzner und Endemann zu Theil geworden[2]).

Der Beschwerdeführer giebt an, er habe nicht Valuta erhalten, sondern dem Schuldschein liege ein anderes unerlaubtes Geschäft zu Grunde. Es handelte sich also um einen Schuldschein, in dem er bekannt hatte: numeratam esse pecuniam. Der Kaiser sagt nun geradezu, der Aussteller müsse beweisen: pecuniam non numeratam esse. Diese Fassung ist so klar und bestimmt, daß wir sie wohl unbedenklich als einen neuen Beweis dafür ansehen können, daß zur Zeit derselben, 211—215 v. Chr., das Institut der *querela n. n. p.* noch nicht bestand.

Aus Unkenntniß dessen mußten natürlich bisher alle Erkärungsversuche mißlingen. Donell interpretirt fast komisch: „nec in proposito hanc exceptionem probare debet, si tamen probare velit, auditur, ceterum non cogitur". — Meurer nimmt an, der Zeitraum der exc. n. n. p. sei bereits verflossen und dessenungeachtet noch ein Gegenbeweis zulässig. — Pfeiffer glaubt, daß der Beklagte einmal die exc. turpis causa opponirt habe: „Ob

2) Donell h. l. Opp. Luc. Tom. VIII. Meurer a. a. O. 82. 83. Pfeiffer 171. 173. Glück 139. 140. Hansen S. 53—57. Unterholzner 57. Endemann S. 15. not. 2. Mehre dieser Deutungen finden sich schon in den Scholiasten. Fabr. III. p. 526.



diese Einrede gerade das zweckmäßigste obmotum gegen die Klage war, oder ob die exceptio n. n. p. nicht nützlicher wäre, darauf kommt hier nichts an, wo der Jurist ex professo nur von der condictione ob turpem causam reden, diese beschreiben und dazu Beispiele geben wollte"; er versucht dann aber noch eine zweite nicht glücklichere Erklärung.

Endlich erklärt sich in Übereinstimmung hiermit die c. 2. de non num. pec., auch von Caracalla aus dem Jahre 213 herrührend:

> *Minorem pecuniam te accepisse, et majoris cautionem te interposuisse, si apud eum qui super ea re cogniturus est constiterit*, nihil ultra hoc, quod accepisti, cum usuris in stipulatum deductis restituere te jubebit.

Die Wendung si constiterit deutet hier wie gewöhnlich an, daß der Behauptende seine Anführung (non num. esse pec.) beweisen müsse. Auch diese Stelle stimmt daher nicht mit dem Recht der querela n. n. p. Schon die Scholiasten und viele Neuere haben sich daher vergeblich mit der Stelle abgemüht.

## §. 4.

## Entstehung der querela non num. pec.

In den ersten drei Regierungsjahren Caracallas bestand nach der bisherigen Ausführung die querela n. n. p. noch nicht. Nun finden sich aber aus den drei letzten Regierungsjahren dieses Kaisers (215—217) zwei Stellen, c. 3. und 4. h. t., von welchen namentlich die letztere wohl den Gedanken an eine Interpolation ausschließt:

„Quum fidem cautionis agnoscens etiam solutionem

portionis debiti vel usurarum feceris, intelligis de *n. n. p.* nimium tarde *querelam te deferre.*

Dazu kommt, daß die folgenden vier Stellen c. 5—8 h. t., aus den Jahren 223—228, unzweifelhaft von dem Institut der querela n. n. p. als einem vorhandenen sprechen. Die querela n. n. p. muß also unter Caracalla (211—217) entstanden sein, und zwar in der letzten Hälfte der Regierungsjahre dieses Kaisers, etwa um das Jahr 215; da die c. 3. h. t., die erste welche unser Institut erwähnt, aus diesem Jahre herrührt, während die c. 2. h. t. aus dem Jahre 213 die Querel noch nicht kennt. Über das Wie der Entstehung kann insofern kein Zweifel sein, als das ganze Institut einen durchaus positiven Charakter an sich trägt. Alle im Koder vorhandenen älteren Konstitutionen über die querela sind bloße Reskripte. Wahrscheinlich ist es also, wie so viele Rechtssätze dieser Zeit, durch ein Reskript entstanden. Daß diese ursprüngliche Konstitution nicht mehr zu finden ist, darf nicht befremden. Denn ebenso wenig findet sich in unsern Sammlungen die Konstitution, durch welche der annus der Einrede auf ein quinquennium gesetzt wurde, auf welche der tit. 1. Herm. Cod. verweist: Exc. n. n. p. non anni sed quinquennii spatio deficere *nuper* censuimus; auch diese Konstitution ist wieder nicht in die justinianische Sammlung aufgenommen; ja sogar eine generelle Konstitution Th. C. II. 27. fehlt darin.

Der Schlüssel zum Verständniß dieser Neuerung liegt in der inzwischen eingetretenen Änderung der Stipulationsform. An die Stelle der alten mündlichen Formeln traten jetzt gewöhnlich Stipulationsurkunden. Die Ausstellung der *cautio* einerseits und Annahme derselben andererseits vertritt jetzt die Stelle der feier=

lichen Frage und Antwort. Wie bei der Stipulation, so kann jetzt bei der cautio von einer causa donandi oder causa praeterita oder futura gesprochen werden. Auch hier tritt also dasselbe Zeitverhältniß zwischen der emissio cautionis und der causa ein, wie oben; namentlich auch beim Darlehnsgeschäft. Es gilt hier dasselbe, was die Römer bei der mündlichen Stipulation annehmen. Man kann in der oben erwähnten Stelle Ulpians statt stipulatio auch cautio setzen. fr. 6. §. 1. de novat.:

Quum pecuniam mutuam dedit quis sine cautione (stipulatione), et ex continenti fecit cautionem (stipulationem), *unus contractus est.* Idem erit dicendum, *et si ante cautio* (stipulatio) *facta est, mox pecunia numerata sit.*

Ja wir haben ein directes Zeugniß für die Übertragung dieser Grundsätze auf die cautiones. In der zweiten der obigen Stellen nämlich wird derselbe Satz von der „unitas contractus" an einer Stipulationsurkunde gelehrt. fr. 126. §. 2. de V. O.:

Chrysogonus *scripsi* coram subscribente et assignante domino meo, accepisse eum a Julio Zosa mutua denaria mille, — quae dari stipulatus est Zosas, spopondit Fl. Candidus dominus meus: — quaeramus an ex numeratione ipse, qui contraxit, pecuniam creditam petere possit; nam quoties pecuniam *mutuam dantes,* eandem *stipulamur, non duae obligationes nascuntur, sed una verborum.*

Wir sehen durch dies Beispiel bestätigt, daß es üblich war, die Valuta als gezahlt im Schuldscheine zu bekennen, obwohl eigentlich keine causa praeterita zu Grunde lag, sondern Zahlung und Ausstellung des Schuldscheins gleich-

zeitig ausgetauscht werden sollten. In diesem Empfangsbekenntnisse lag eben die bedenkliche Zuthat, welche eine Änderung der Grundsätze von der doli exceptio nothwendig machte. Um keinen von beiden Theilen einer Gefahr auszusetzen, müßte der Schuldner in gleichem Augenblick die cautio schreiben, in welchem der Gläubiger das Geld aufzählt, und Zug um Zug austauschen. Dies „Zug um Zug" gestaltet sich aber praktisch ebenso schwierig, wie eine wirkliche Gleichzeitigkeit der Darlehnszahlung mit der mündlichen Stipulation. Die Römer finden es daher ganz in der Ordnung, wenn jemand, quum mutuam pecuniam accipere vellet, *cavit*, et deinde accepit pecuniam. fr. 4. qu. res pign. Dies gilt von schriftlichen wie von mündlichen Stipulationen: si quasi *accepturi* mutuam pecuniam, adversario cavistis c. 7. h. t. si non est numeratum, quod, velut *accepturum*, te sumsisse mutuo scripsisti c. 4. de cond. ex L. Etwas Auffälliges lag hierin nicht. Wie oben eine mündliche, so wird hier eine schriftlich konzipirte verborum obligatio gegen Eigenthum an der Geldsumme ausgetauscht. Der Sitte nach wurde also mindestens ebenso oft eine cautio vom Schuldner ausgestellt und ausgeliefert vor Empfang der Valuta, als umgekehrt. Einem chikanösen Gläubiger gegenüber gerieth er dadurch in offenbare Gefahr. Klagte nämlich der Gläubiger, so konnte er ihn zwar durch doli exceptio zum Beweise der Zahlung zwingen; der Gläubiger führte nun aber diesen Beweis durch den Schuldschein, den er schon in Händen hatte, und nöthigte ihn so zu einem lästigen Gegenbeweise der nicht empfangenen Valuta. Es trat hier also ein Fall ein, wo die exceptio doli dem Schuldner praktisch nichts half, wegen des ihm entgegenstehenden Geständnisses.

Digitized by Google

Die Wirkung der Beweismittel war von jeher dem officium judicis überlassen. Vielleicht half hier Anfangs das arbitrium judicis so aus, daß man einem solchen Bekenntnisse keine unbedingte Beweiskraft beilegte, namentlich dann, wenn erst kurze Zeit nach Ausstellung der cautio verflossen war. Andererseits konnte man dem Schuldscheine nicht alle Beweiskraft nehmen, ohne den öffentlichen Kredit auf das empfindlichste zu gefährden. So bildete sich vielleicht schon vor Caracalla unwillkührlich der Satz, daß man dem Empfangsbekenntnisse erst nach einiger Zeit („post multum temporis", wie es in den Institutionen heißt) die gebührende Beweiskraft beilegte. Dafür spricht theils die Natur der Sache, indem sich nicht wohl absehen läßt, wie man dem dringendsten praktischen Bedürfniß anders hätte abhelfen können; theils die Analogie der instrumenta dotalia, in welchem man dem Bekenntnisse „dotem datam vel numeratam esse" doch keine unbedingte Beweiskraft beilegte, weil „dotes datas esse dotalibus instrumentis conscribi moris est, quum adhuc nulla datio, sed pollicitatio tantum subsecuta sit." Caracalla hat nun im Falle der cautiones einen Mittelweg durch bestimmte Begrenzung des „multum temporis" eingeschlagen.

Es wäre natürlich ein vergebliches Bemühen, den Wortinhalt der Konstitution Caracalla's herstellen zu wollen. Aber die Elemente derselben finden sich in unseren Quellen in voller Bestimmtheit wieder, namentlich in c. 8. h. t. aus dem Jahre 228:

**Si *intra legibus definitum tempus*, qui *cautionem* exposuit, nulla *querimonia* usus defunctus est, reliquum tempus ejus heres habebit. Sin vero legitimum tempus excessit, in *querimoniam credi-***

***tore minime deducto, omnimodo*** **heres ejus, vel si pupillus sit, debitum solvere compellitur.**

Es ergiebt sich daraus der neue Satz: **Wer eine *cautio* über ein Darlehn ausgestellt hat, und behauptet das Darlehn nicht empfangen zu haben, soll diese Beschwerde *(querela)* binnen einem Jahre anbringen.** — Auf diesen Satz reduzirt sich die ganze Eigenthümlichkeit des neuen Instituts der querela n. n. p. Ich setze dabei voraus, daß:

1. die Behauptung „non numeratam esse pecuniam" als eine selbstständige, innerhalb einer bestimmten Zeit anzubringende Beschwerde (querela) gedacht werde. — Und in der That erscheint der Ausdruck querela n. n. p. schon unter Caracalla als die gewöhnlichste und technische Bezeichnung c. 4. h. t.:

intelligis te *de non numerata pecunia* nimium tarde *querelam deferre.*

2. Ich setze ferner voraus, daß mit der neuen Gesetzgebung sogleich die Einführung der Protestation (contestatio) de non numerata pecunia gegeben war. — Und in der That ist die Beschränkung der querela auf ein Jahr undenkbar ohne ein Rechtsmittel, durch welches dem Schuldner Gelegenheit gegeben wird, sie anzubringen, ehe der Gläubiger klagt. Die Protestation (contestatio) ist so alt, wie das Institut der querela überhaupt. Schon Diokletian spricht in c. 9. h. t. von einem: si intra tempus in *testando* juri paritum sit; in c. 4. de cond. ex L. von einer „intra tempus statutum habita contestatio." Ja die schon erwähnte c. 8. h. t., welche wenige Jahre nach Einführung der querela erlassen ist (i. J. 228), kann nicht wohl anders verstanden werden:

si intra legibus definitum tempus, qui cautionem exposuit, nulla querimonia usus defunctus est, residuum tempus ejus heres habebit, tam adversus creditorem, quam adversus ejus heredem. Sin autem *questus est*, exceptio n. n. p. heredi et adversus heredem *perpetuo* competit.

3. Ich setze ferner voraus, daß die querela n. n. p. gerade bei den cautiones creditae pecuniae eingeführt wurde, und beziehe mich deshalb vorläufig auf c. 5. u. 7. h. t.:

Ignorare autem non debes, n. n. p. exceptionem ibi locum habere, ubi quasi *credita pecunia* petitur.

Si quasi accepturi *mutuam pecuniam* adversario cavisti, quae numerata non est etc.

4. Ich setze ferner voraus, daß Caracalla die Frist der querela auf 1 Jahr setzte, wie dies aus der Konstitution Diokletians sich ergiebt c. 1. Herm. Cod. cit.:

*Ex cautione* non numeratae pecuniae *non intra annum* sed intra quinquennium spatium deficere nuper censuimus.

5. Ich setze ferner voraus, daß alles dies durch eine Kaiserkonstitution eingeführt worden; — auch dafür hätte man, außer inneren Gründen, folgende ausdrückliche Zeugnisse beachten sollen. Zunächst die Worte Justinians im Institutionentitel de litt. obl.:

Si quis debere se scripserit, quod ei numeratum non est, *post multum tempus* exceptionem opponere non potest; *hoc enim saepissime constitutum est.*

Theophilus eod.:

Ὁ δὲ πολὺς χρόνος πάλαι μὲν εἰς τὴν πενταετίαν περιέστησεν· μετὰ γὰρ τοῦτον τὸν χρόνον οὐκ ἦν ἀντιτιθέναι τὴν τῆς ἀναργυρίας παραγραφὴν καὶ λέγειν

*τῷ δανειστῇ· δεῖξον ὅτι ἐπηρίθμησας· τοῦτο γὰρ πολλαῖς βασιλέων εἴρηται καταστάξεσιν.*
Schon früher sagte **Honorius**: ***jure delata*** **contestationibus tempora c. 1. §. 4. Th. C. si cert. pet.;** **Diokletian** **c. 4. ne fisc. exceptione n. n. p. *secundum leges*** uti potes; **Severus Alexander** endlich **c. 8. h. t.: Si intra *legibus definitum tempus*, qui cautionem exposuit, nulla *querimonia* usus defunctus est,** — schon im Jahre 228, also etwa 13 Jahre nach Einführung der Querel *).

Man könnte freilich einwenden, es sei (abgesehen von von einer möglichen Interpolation) hier nur von dem Zeitraume, nicht aber von **Einführung** des Instituts die Rede. Allein gerade in der Zeitbestimmung liegt der einzig wesentliche Theil des Instituts: ***intra certum tempus*** **tantum queri licere.** Dies ist der letzte noch auszuführende Punkt.

Die ganze Eigenthümlichkeit der **querela n. n. p.** läßt sich auf den Satz zurückbringen, **daß die Beschwerde wegen Nichtzahlung der Valuta binnen einem Jahre angebracht werden soll.** — Alles Übrige ist nur Konsequenz daraus.

Wer die Beschwerde anbringen will, kann dies zunächst außer dem Prozeß (**contestatio**). Wenn aber der Gläubiger klagt, kann die Beschwerde als Einrede geltend gemacht werden. Die hierzu dienende Einrede ist eben keine andere,

*) Wer spitze Argumentationen liebt, könnte daraus auch die c. 4. de condict. ex Lege erklären. Wer einen Schuldschein mit Stipulationsklausel wegen Nichtzahlung der Valuta kondizirt, stützt sich dabei einmal auf das Recht der Kaiserkonstitutionen (ex Lege), zugleich aber auf die mangelnde causa der Stipulation (sine causa). Daher diese condictio des Schuldscheins unter der Rubrik *„de condictione ex Lege et sine causa."*

als die doli exceptio wegen mangelnder causa stipulationis. Diese doli exceptio erleidet nun aber durch die Einführung der querela n. n. p. folgende Änderungen:

a) sie muß jetzt in factum konzipirt werden. Denn soll sie dazu dienen, gerade die Beschwerde wegen nicht gezahlter Valuta anzubringen, so genügt es nicht, wenn der Beklagte behauptet, dolo quid factum esse vel fieri; sondern er muß bestimmt behaupten „non numeratam esse pecuniam". Daher erscheint von nun an jene doli exceptio als eine exceptio in factum concepta. c. 9. h. t.:

Cum ultra hoc quod accepit, re obligari neminem posse constet, et si *stipulatione* interposita placita creditor non dederit: *in factum esse dandam exceptionem convenit.* Si necdum tempus iutra quod hujus *rei querela deferri debet*, transiit, vel intra hoc in *testando juri paritum sit.*

Daher verschwindet seit Caracalla der Name doli exceptio. Sie heißt von nun an immer exceptio non numeratae pecuniae. Den Übergang macht die älteste Stelle über die querela n. n. p. c. 3. h. t. von Caracalla aus dem Jahre 215:

Si ex cautione tua, licet hypotheca data, conveniri coeperis: exceptione opposita *seu doli, seu non num. pec.* compellitur petitor probare pecuniam tibi esse numeratam,

die mit oder ohne Annahme einer Interpolation mehrfach gedeutet werden kann. Jedenfalls ergiebt sich hieraus und aus der c. 9. cit., wo die querela n. n. p. nur als eine (doli) exceptio *in factum concepta* bezeichnet wird, daß diese exceptio non num. pec. keine neugeschaffene Einrede, sondern nur eine Entwickelung der alten doli exceptio ist.

b) Die Beschwerde wegen nicht gezahlter Valuta (querela n. n. p.) soll nur binnen einem Jahre angebracht werden: daraus folgt nun von selbst, daß die doli oder n. n. p. exc. auf ein Jahr beschränkt wird. Wollte man sie später anbringen, so würde ja in der Anbringung eine „querela n. n. p." liegen, die nicht mehr statt finden soll. Nur auf diese Weise läßt es sich erklären, warum jene doli exceptio der klassischen Juristen, unter Voraussetzung einer geschriebenen cautio, auf ein Jahr beschränkt erscheint. So erklärt sich überhaupt die sonst im Römischen Rechte unerhörte Beschränkung einer Einrede auf einen Zeitraum.

c) Fällt nun nach einem Jahre die doli oder n. n. p. exceptio weg: so folgt, daß die cautio fortan eine unbedingt verpflichtende Kraft hat. Denn jene doli exceptio war ja das einzige Mittel die Nichtzahlung der Valuta geltend zu machen. Auch wenn sich der Schuldner zum Beweise der Nichtzahlung erböte, so läge in seiner Behauptung doch immer eine querela n. n. p. Ich erinnere hier an den (Abh. I. §. 8.) entwickelten Sprachgebrauch von querela. Daher die Ausdrucksweise nec ei liceat non esse sibi solutas pecunias *dicere* c. 14. §. 2. h. t. So lassen sich einfach Wendungen erklären, wie in c. 14. h. t. elapso biennio querelam n. n. p. *nullo modo* introduci posse. Ebenso äußert Theophilus sich einfach so, daß nach zwei Jahren die querela n. n. p. durchaus nicht (οὐδὲ ὅλως) statthaft sei, und an einer anderen Stelle (IV. 13. §. 2.), wo er ausdrücklich von einer Stipulationsurkunde gesprochen hat, noch einfacher: nach zwei Jahren werde keine Einrede mehr opponirt. Mit dem Wegfallen der Einrede verstand sich hier die Unanfechtbarkeit der Stipulationsurkunde von selbst.

Digitized by Google

d) Nach Anbringung der querela n. n. p. findet die exceptio n. n. p. perpetua statt. c. 8. h. t.: Sin autem questus est, exceptio n. n. p. perpetuo competit. — Dies Resultat ist natürlich und nothwendig. Denn die doli exceptio war ja ursprünglich perpetua. Die Neueren denken sich die Sache so: die exc. n. n. p. sei an sich an eine Frist gebunden und werde durch die Protestation, contestatio n. n. p., perpetuirt. Historisch ist das Verhältniß umgekehrt. Die exceptio n. n. p. ist perpetua, hört aber seit Caracalla auf perpetua zu sein, wenn der Schuldner innerhalb der Frist nicht auf irgend eine Weise seine Beschwerde wegen der Nichtzahlung geltend macht.

e) Durch die exceptio n. n. p. wird der Gläubiger zum Beweise der Zahlung genöthigt. c. 3. h. t.:

Exceptione opposita seu doli seu n. n. p. compellitur petitor probare, pecuniam tibi esse numeratam. Auch hierin liegt nichts Besonderes. Von jeher wurde der Gläubiger durch die doli exceptio gezwungen, die causa stipulationis nachzuweisen. Das Besondere liegt hier nicht in der Beweislast, sondern darin, daß das in der cautio enthaltene Empfangsbekenntniß grundsätzlich ignorirt wird. Auch ist dies durchweg die quellenmäßige Auffassung. Von einer „Umkehrung der Beweislast" ist nur bei neueren Schriftstellern die Rede.

f) Aus dieser späten positiven Einführung unseres Instituts erklärt sich auch wohl dessen auffallende Stellung im Codex zwischen den Titeln de SC. Vellejano und de compensationibus, also zwischen zwei heterogene Titel eingeschoben, welche in den Pandekten unmittelbar auf einander folgen. Eine passende Stelle dafür war schwer zu ermitteln.

Digitized by Google

## §. 5.
## Objektiver Umfang der querela n. n. p.

Wir haben bisher ohne nähere Ausführung angenommen, daß die querela n. n. p. gegen cautiones aus einem Darlehnsgeschäfte eingeführt sei. Den Beweis ergeben c. 5. u. 13. h. t., von welchen letztere als constitutio generalis billig den Vorrang verdient:

> Generaliter sancimus, ut, si quid scriptis cautum fuerit pro quibuscunque pecuniis ex *antecedente causa* descendentibus, non jam ei licentia sit causae probationem stipulatorem exigere, cum suis confessionibus acquiescere debeat: nisi certe ipse per apertissima rerum argumenta scriptis inserta religionem judicis possit instruere, quod in alium quemquam modum et non in eum, quem cautio perhibet, negotium subsecutum sit. Nimis enim indignum esse judicamus, quod sua quisque voce dilucide protestatus est, id in eundem casum infirmare, testimonioque proprio resistere.

Wahrscheinlich waren über den Umfang der quer. n. n. p. Zweifel entstanden, die sich leicht erklären, wenn man bedenkt, daß das ganze Institut auf Reskripten beruhte. Noch Justinian z. B. klagt darüber, „quod instrumentis depositarum rerum vel pecuniarum talem exceptionem opponere *litigatores conantur*." — Diese Zweifel wollte Justinus durch eine const. generalis heben, bei welcher die Eintheilung der Stipulation nach ihrer causa (antecedens, futura, donandi c.) zu Grunde liegt. Ein Versuch das Gebiet der stipulatio nach dieser Dreitheilung der causa zu begrenzen, ist in der vorigen Abhandlung ge-

geben. Es ist dies der entscheidende Gesichtspunkt für Erklärung der c. 13. Klassifizirt man danach die cautiones, so ergiebt sich, daß:

1. bei der *donandi causa* von keiner querela n. n. p. die Rede sein kann. Bekennt der promissor eine Summe schenkungsweise versprochen zu haben, so hätte seine Behauptung non numeratas vel datas esse pecunias vel alias res gar keinen Sinn. Die Tendenz des Geschäfts schließt hier jede Vorleistung aus.

2. Wird die causa als *futura* im Schuldschein erwähnt, stellt also der promissor eine cautio aus, in welcher er 100 verspricht, „ut servus manumitteretur", oder „ut patrocinium adversarius repromitteret"; — so kann auch in diesen Fällen von einer querela nicht die Rede sein. — Es käme hier auf den Beweis an: causam secutam esse. Dazu dient aber eine solche cautio nicht. Es ist hier keine „confessio" da, zu deren Anfechtung es der querela n. n. p. bedürfte. Es ergiebt sich dies auch aus c. 14. h. t., welche den Gebrauch der querela n. n. p. so erschöpfend wie möglich bestimmt:

In contractibus in quibus pecuniae vel aliae res *datae vel numeratae esse scribuntur.*

3. Bei einer *causa antecedens*, kann allerdings eine querela n. n. p. gedacht werden. Der Verkäufer hat etwa eine cautio ausgestellt, in welcher er bekennt eine Sache verkauft, das Kaufpretium empfangen zu haben, und verspricht „vacuam possessionem tradi." Wenn er nun wegen der Übergabe in Anspruch genommen wird, könnte er eine querela n. n. p. anbringen, die hier den Charakter einer exceptio non adimpleti contractus haben würde. Hier tritt nun aber die Konstitution des Justinus ein:

Digitized by Google

Generaliter sancimus, ut, si quid scriptis cautum fuerit pro quibuscunque pecuniis ex *antecedente causa descendentibus*, non jam ei licentia sit *causae probationem* stipulatorem exigere, cum suis confessionibus acquiescere debeat.

Hierin liegt eine entscheidende, scharfe Grenzbestimmung. Wir haben in der vorigen Abhandlung das Gebiet der causa antecedens zusammengestellt. Die querela findet also überall nicht statt, wo ein *debitum praecedens* vorhanden ist, zu dem die Stipulation als zweite Obligation, *novandi causa* oder nicht, hinzutritt. Namentlich können alle Konsensualkontrakte nur als causae praecedentes zur Stipulation gedacht werden. Die Absicht den Kaufpreis zu stipuliren kann nicht eher da sein, als beide einig sind. Sind beide aber einig über die Summe als Preis einer bestimmten Sache, so ist der Kauf perfekt, die causa also praecedens. Der Gegensatz der causa praeterita und futura ist so scharf ausgebildet, daß auch die Fälle scheinbarer Gleichzeitigkeit der einen oder andern subsumirt werden. Darüber nämlich entscheidet die Intention des Geschäfts: ob die Parteien die Stipulation zu einer contracta obligatio als zweite Obligation zufügen wollen; wo dann die Frage entsteht, ob novandi animo oder nicht: oder ob stipulatione *contrahitur*, also una obligatio vorhanden ist. Man könnte geneigt sein, diese Unterscheidungen als Spitzfindigkeit anzusehen, wenn sie nicht — quellenmäßig wären. Solche Fälle sind:

a) es läßt sich denken, daß jemand einen Kauf abschließt und während des Akts selbst die Zahlung des Kaufgeldes promittirt. Dieser Fall wird entschieden zur causa praeterita gerechnet. Als die Stipulationsformel ausgespro-

sprochen wurde, war der Konsens schon da, also causa antecedens. So kann auch gleich bei Abschluß des Kaufs eine Tradition erfolgen, die aber doch immer ex antecedente causa bleibt. Der bei dem Darlehn vorkommende Fall, daß es indifferent erscheint, ob numeratio oder stipulatio vorangeht, hat seinen Grund darin, weil hier **Eigenthum** gegen ein Forderungsrecht ausgetauscht wird. Anders beim Kauf; denn im Augenblick der Stipulation muß, wenn die Parteien nicht gedankenlos handeln, der Konsens, und mit dem Konsense die causa stipulationis da sein. Diese ist entweder wirklich schon dagewesen oder sie ist null; — jedenfalls erscheint sie nicht als causa futura. Konsequent wird danach das Beispiel einer societas, die sogleich in stipulatum deducirt ist behandelt fr. 71. pro socio. **Paulus:**

> Duo societatem coierunt, ut grammaticam docerent, et quod ex eo artificio quaestus fecissent, commune eorum esset. De ea re quae voluerunt fieri, in pacto convento societatis perscripserunt, deinde inter se his verbis stipulati sunt: Haec quae supra scripta sunt, ea ita dari fieri, neque adversus ea fieri. — Quaesitum est, an, si quid contra factum esset, societatis actione agi posset. Respondit, *si quidem pacto convento inter eos de societate facto ita stipulati essent, haec ita dari fieri spondes? futurum fuisse, ut, si novationis causa id fecissent, pro socio agi non posset, sed tota res in stipulationem translata videretur.*

Die Frage, ob es novandi animo geschehen sei oder nicht, zeigt wie man diesen Fall als sich von selbst verstehend zum

Gebiet der causa antecedens rechnete. — Daß die Stipulation vorangehe und der Konsens nachfolge läßt sich in dieser Weise juristisch nicht denken; — oder es wäre ein ganz anderes Geschäft mit causa futura kontrahirt. Wie fein hier distinguirt wurde, davon giebt ein analoges Beispiel fr. 8. §. 2. ad SC. Vell.

Si mulier intervenerit apud tutores filii sui, ne hi praedia ejus distraherent, et indemnitatem iis repromiserit, Papinianus non putat eam intercessisse; *nullam enim obligationem recepisse, neque veterem neque novam*, sed ipsam *fecisse* hanc obligationem.

Die scheinbare Intercession gilt nicht als stipulatio ex antecedente debito s. causa, sondern als selbstständige Obligation: spondeo, ne facias.

b) Zweifelhaft könnte der Fall erscheinen, wenn ich „pretium quod ex emto debiturus sum spondeo". Allein hier erscheint das Objekt, nicht die *causa* als zukünftig, oder vielmehr die causa ist als Bedingung gesetzt: si quid ex emto debiturus sum, dare spondeo. fr. 8. §. 2. de novat.

Si quis ita stipulatus a Sejo sit: *Quod a Titio stipulatus fuero, dare spondes?* an si postea a Titio stipulatus sim, fiat novatio, solusque teneatur Sejus? Et Celsus ait, novationem fieri, si modo id actum sit, ut novetur, id est ut Sejus debeat, quod Titius promisit; nam *eodem tempore* et impleri prioris stipulationis conditionem, et novari ait; eoque jure utimur.

Jene Stipulation enthält eine Bedingung: si quid a Titio stipulatus fuero, d. sp.? Die Obligation entsteht erst mit

Eintritt der Bedingung. Im Moment des Eintritts ist die Stipulation als verwandelt anzusehen in: quod stipulatus sum, dare spondes? Dessenungeachtet nimmt der Jurist an, daß das dare spondes eine Novation enthalte, und keineswegs una obligatio, trotz der Gleichzeitigkeit, vorhanden sei. — Hieher gehört auch die Formel C. quae mihi daturus es, dare spondeo (fr. 18. §. 3. de stip. serv.). Sie ist wohl als bedingte zu behandeln. Die querela n. n. p. fällt dabei schon deshalb weg, weil es an einer „confessio" fehlt.

c) Wenn der Stipulation ein Tausch zu Grunde liegt. Der promissor bekennt eine Sache erhalten zu haben und verspricht dagegen die Leistung einer andern. Hier ist die causa als antecedens in der cautio bezeugt und deshalb fällt die querela n. n. p. weg. Dem promissor bleibt nur der Gegenbeweis: si „evidentissimis probationibus in scriptis habitis ostendere paratus sit sese haec indebite promisisse" oder „quod in alium quemquam modum, et non in eum, quem cautio perhibet, negotium subsecutum sit."

Ist dagegen in der cautio gesagt: ich verspreche eine Sache, weil der stipulator mir eine andere (nicht gegeben, sondern) versprochen hat, so ist das causa futura, und die querela n. n. p. cessirt, weil hier keine „confessio cui stare oportet" kein „testimonium cui resistere possit" vorhanden ist. — So überhaupt, wenn Verträge über gegenseitige Leistungen der Stipulation zu Grunde liegen, die nicht Konsensualverträge sind.

d) Endlich gehört zu diesen Fällen der des Darlehns. Wenn also die Urkunde so lautet: **Lucius Titius scripsi me accepisse et accepi ante hos de-**

cem dies C. mutua, quae dari stipulatus est N. N., spopondi ego u. s. w. — so ist dies ein Fall, von welchem Paulus sagt: plane si *praecedat numeratio, sequatur promissio,* non est dicendum, recessum a naturali obligatione, d. h. beide Akte fallen als duae obligationes auseinander, die numeratio ist causa praecedens, welche die querela n. n. p. ausschließt. Die Kontroverse, ob die querela n. n. p. stattfinde, wo die Zahlung in der cautio als in einem bestimmten, vergangenen Zeitpunkte geschehen bekannt wird, ist hienach entschieden. Eben so entscheidet sich die Frage, wie lange vorher die Zahlung als geleistet erwähnt sein müsse; — ob ein Jahr, einen Monat, einen Tag, ja ob eine Stunde vorher, ist gleichgültig. Immer bekennt sich hier der promissor zu dem Darlehn als einem perfekten Geschäft, welches nicht mit der Stipulation uno actu zusammenfließt, sondern zu welchem die Stipulation als zweiter Kontrakt hinzutritt. Dies Resultat ist auch praktisch ganz angemessen. Ein Bekenntniß „ich habe vorgestern 100 erhalten", wenn es nicht geschehen ist, kann nur durch absichtliche Simulation oder Irrthum entstehen, und der Schuldner kann sich nicht beschweren, wenn ihm hier, wie in allen Fällen, der Beweis des Irrthums oder der Simulation zugemuthet wird.

Bei weitem gewöhnlicher nun aber ist der Fall, daß die cautio nicht zu einem perfekten Darlehn hinzutritt, sondern gleich bei der Zahlung interponirt wird; und hier kehrt denn die Regel wieder:

Quum pecuniam mutuam quis dedit sine stipulatione et ex *continenti* fecit stipulationem, *unus contractus* est, — non puto obligationem numeratione

nasci et deinde stipulatione *novari:* quia id *agitur ut sola stipulatio teneat.*

Hier ist das Gebiet der querela n. n. p. ermittelt. Wird über einen solchen Akt eine cautio aufgenommen, so enthält sie freilich regelmäßig ein Empfangsbekenntniß. fr. 126. §. 2. de V. O.:

Chrysogonus scripsi coram subscribente domino meo, *accepisse* eum a Julio Zosa mutua denaria mille.

Dieser Ausdrucksweise ungeachtet gilt dies Bekenntniß aber nicht als ein solches über eine causa praeterita; es wird davon weiter gesagt: nam quoties pecuniam mutuam *dantes* eandem stipulumur, non duae obligationes nascuntur, sed *una* verborum.

Es gilt also jene cautio „accepisse" nur als Bekenntniß eines gleichzeitigen *dare*, und es heißt im Gegensatz davon sogleich weiter: Plane si *praecedat* numeratio, sequatur stipulatio, non est dicendum, recessum a naturali obligatione.

Weil es bei diesem Tausche zwischen Eigenthum und einem Forderungsrechte wirklich zufällig ist, ob die Zahlung nicht erst nach Ausstellung der cautio erfolgt, eben deshalb behandeln die Juristen diesen Fall als *unus contractus*, d. h. gleichartig einer causa futura. Es ist also der Gegensatz dieses Falles gemeint, wenn Justinus alle Bekenntnisse *ex antecedente causa* von dem Gebrauche der *querela n. n. p.* ausschließt.

Ganz entsprechend ist die Auffassung der Scholiasten zu c. 13. h. t.:

Τὸ γὰρ παρὸν κεφάλαιον περὶ ὁμολογίας προγενομένου δανείου φησὶν, οὐ μὴν περὶ δανείου γινομένου.

Wichtiger endlich ist die Bestätigung durch c. 5. h. t. (a. 223.):

**Adversus petitiones adversarii si quid juris habes, uti eo potes. Ignorare autem non debes n. n. p. exceptionem ibi locum habere, *ubi quasi credita pecunia petitur*. Cum autem *ex praecedente causa* debiti in chirographum quantitas redigitur, non requiritur, an tum, cum ea cavebatur, numerata sit, sed an justa causa debiti praecesserit;**

d. h. die exc. n. n. p. findet nur statt, wenn in der cautio ein Darlehnsgeschäft ausgedrückt ist; denn nur hier kann die Frage entstehen, ob gleichzeitig mit der Ausstellung der cautio Zahlung erfolgt sei (exceptionem n. n. p. ibi locum habere, ubi *quasi credita pecunia* petitur; nam in tali cautione requiritur, an *tum, cum cavebatur*, numerata sit); in diesem Falle gelten also Zahlung und emissio cautionis als gleichzeitig. Wenn dagegen eine cautio über ein vorangegangenes Geschäft ausgestellt wird (quum autem ex praeced. c. i. ch. qu. red.), cessirt die querela n. n. p.; hier kann die Frage, ob gleichzeitig eine numeratio erfolgt sei, gar nicht entstehen, sondern es fragt sich nur, ob die causa antecedens gültig war. Wenn daher der Schuldner z. B. das Empfangsbekenntniß über eine Kaufsumme bestreitet, so kann eine solche Einrede nicht stattfinden, „quoniam non quaeritur, num *tum quum cavebatur* pecunia, numerata sit, sed num justa *causa* debiti *praecesserit*."

Gerade in diesen Wendungen liegt eine neue Andeutung, wie bei Darlehnsgeschäften im Zweifel Zahlung und Stipulation als gleichzeitig gelten, wenn nicht ausdrücklich das Gegentheil ausgedrückt ist; ferner ein direktes Zeugniß, daß dieselbe nur bei Darlehnen stattfindet. In diesem Sinne geben auch die Basiliken die Stelle wieder:

Τότε ἀντίκειται ἀναργυρία τῷ χειρογράφῳ, ὅτε οὕτως γίνεται ὡςανεὶ γενομένης ἀριθμήσεως. Ὅτε δὲ τὸ χειρόγραφον ἐξετέθη, ὡς εἴ γε τῷ χειρογράφῳ περὶ προγεγενημένου ὁμολογίας, οὐ ζητοῦμεν, εἰ τότε ἠριθμήθη, ὅτε ἐχειρογράφησεν, ἀλλ' εἰ ἐξ ἀρχῆς ἐχρεώστησεν.

Dabei sind jedoch noch einige sprachliche Punkte zu erörtern. Zweifel nämlich kann zunächst die Frage erregen, welche Art von Schuldschein Veranlassung zu diesem Reskripte gab, ob eine Stipulationsurkunde oder ein einfacher Schuldschein. Der Ausdruck chirographum ist zweideutig. Daß er auch für Stipulationsurkunden gebraucht wird, werde ich Abh. IV. §. 4. nachweisen. Bei der Entscheidung des Reskripts kam freilich darauf nichts an. Denn es wird vorausgesetzt, daß der Schuldner Einwendungen gegen die Gültigkeit des Geschäfts gemacht hatte; es kam also (wegen der doli exceptio) doch nur auf die materielle Gültigkeit des Geschäfts an. Zwar scheint die Fassung „ubi quasi credita pecunia petitur" auf eine condictio certi *ex mutuo* und nicht *ex stipulatu* zu deuten. Allein auch diese Wendung schließt das Vorhandensein einer Stipulation nicht aus. Ich erinnere namentlich an Quinct. IV. 2. 6.: [ut condictio certi ex mutuo competat,] „satis est dixisse: certam *creditam pecuniam peto* ex stipulatione." — Der Ausdruck *pecuniam cavere* deutet dagegen der üblichen Wortfügung nach mehr auf Stipulation; auch versteht der Scholiast (Fabrot. III. S. 357.) die Stelle: ὡς ἀπὸ δανείου ἐπερωτᾶται. — Wir können also wohl vorläufig annehmen, daß eine Stipulationsurkunde Veranlassung zu jenem Reskript gegeben hatte, und später auch die zweite Alternative erörtern, wenn ein einfacher Schuldschein gemeint wäre.

Ich verstehe ferner unter: quum quasi *pecunia credita* petitur nur ein Gelddarlehn. Meurer, Unterholzner u. A. wenden zwar dagegen ein: Credere und pecunia habe auch weitere Bedeutungen. Pecunia allerdings ist in vielen römischen Gesetzen und Stellen des Edikts gebraucht worden, wo man alle fungibeln oder gar alle Vermögensstücke meinte. Allein nach dem Sprachgebrauch zur Zeit der klassischen Juristen war dies extensive Interpretation. Wenn pecunia nun aber jedes Vermögensstück, credere ein jedes creditorem fieri bezeichnet, so könnte pecunia credita zuletzt jede mögliche Obligation bezeichnen! Ein solcher Schluß ist weder grammatisch, noch logisch, noch juristisch zulässig. Es handelt sich hier um einen bestimmten Sprachgebrauch. Danach bedeutet *pecunia credita* nie etwas anderes als eine dargeliehene Summe; und man kann nicht mit Unterholzner und Duaren behaupten, es sei dies die häufigste, oder mit Reinhardt, es sei dies eine manchmal vorkommende Bedeutung; sondern es ist dies die einzige und technische Bedeutung, so daß pecunia mutua nicht technischer sein kann. Die unten angegebenen Stellen mögen als Belege genügen [1]).

1) fr. 10. 11. de V. S. (50. 16.) fr. 4. pr. coll. fr. 2. §. 1. fr. 8. fr. 9. §. 8. 9. fr. 10. 11. pr. §. 2. fr. 12. 13. 15. 16. 19. §. 1. fr. 20. 25. 26. 32. 36. 41. de R. C. (12. 1.) fr. 67. §. 4. de cond. indeb. (12. 6.) fr. 34. pr. 48. mand. (17. 1.) fr. 24. pr. de praescr. vv. (19. 5.) fr. 33. de usur. (22. 1.) fr. 57. de donat. int. V. (24. 1.) fr. 5. §. 3. fr. 29. de O. et A. (44. 7.) fr. 1. §. 1. de stip. serv. (45. 3.) c. 10. 11. de R. C. c. 15. 16. si cert. pet. fr 9. 11. de pignor. fr. 126. §. 2. de V. O. (45. 1.) fr. 24. §. 4. de minor. (4. 4.) fr. 27. §. 1. ibid. fr. 1. fr. 3. §. 3. 4. fr. 6. ad SC. Maced. (14. 6.) fr. 19. §. 5. ad SC. Vellej. Gaj. IV. 43. c. 4. Th. C. de usur. (3. 33.) vgl. Duarenus a. a. O. S. 772a. Cocceji a. a. O. S. 113. Reinhardt a. a. O. S. 38. Chassanäus a. a. O. S. 407. Avezan de contr. S. 34b. Sal-

Allerdings wird pecunia credita auch gebraucht für eine pecunia in stipulatum deducta. Allein dies erklärt sich historisch, und ist hier jedenfalls nicht gemeint. — Nur in der lex Cornelia de sponsoribus wird pecunia credita in einer weiteren Bedeutung genommen bei **Gajus** III. 124.; — doch nur weil man die enge Fassung des Gesetzes extensiv interpretirte.

Endlich finden **Pfeiffer**, **Unterholzner** u. A. Schwierigkeit in dem Worte quasi (ubi *quasi* credita pecunia petitur). Man meint, es sei nur ein „**gleichsam**" und uneigentlich geliehenes Geld gemeint. Aber quasi ist nichts als das griechische ὡς. Ubi quasi credita pecunia petitur, ist gerade so viel als ubi pecunia petitur, quae *numerata esse dicitur*. Diese Bedeutung ist so geläufig, daß es kaum einiger Belagsstellen bedarf [2]). Noch ärgeren Unfug treibt **Hansen** mit der Partikel quasi, um aus fr. 10 de R. C. zu erweisen, daß die querela n. n. p. auch bei Empfangscheinen über ein depositum stattfinde [3]).

---

**masius** de usuris. **Brissonius** u. **Dirksen** s. v. credere und pecunia. — 2) **Pfeiffer** cit. Verm. Abh. S. 143. **Endemann** S. 15. not. **Unterholzner** p. 29. 30. Ich will nur folgende Beispiele hervorheben: fr. 15. de prob. quasi ex mandatu defuncti fideicommissa solvit: (i. e. quum mandatum sibi esse diceret.) **Gaj.** III. 196. argentum *quasi* amicos ad coenam invitaturus rogavit (i. e. quum diceret se amicos invitaturum esse). c. 2. §. 1. de quadr. praescr. 7. 37. Emtores quasi non numeratis pecuniis molestari. fr. 63. §. 5. pro socio: — an cum eo agere possit, *quasi* iniquum sit (ita ut diceret, iniquum esse) ex eadem societate alium plus, alium minus consequi? fr. 31. de const. pec. Epistolam exponit, debitorem sese esse, *quasi* heredem patrui sui confitentem. fr. 17. de doli exc. scripsit usuras *quasi* praeteritas ex dotis promissione. fr. 24. de O. et A. Si a furioso pecuniam *quasi* mutuam acceperim. Auch gehört hieher wohl das bei von **Vangerow** erklärte quasi in **Ulp.** VII. 4. coll. **Gaj.** I. 68. (Latini Juniani S. 176 ff.) — 3) Die Stelle lautet wörtlich:

Ein Bedenken gegen diese Beschränkung der exc. n. n. p. auf Darlehne ergiebt sich aus dem vorjustinianischen Rechte nirgends. Nirgends kommen andere Beispiele der Anwendung vor, als beim Darlehn. Darauf deutet endlich auch der Name exceptio non *numeratae pecuniae*. Es bleibt nur die Frage übrig, ob Justinian in dieser Grenzbestimmung etwas geändert hat. — Es scheint nämlich eine Stelle des justinianischen Rechts den Gebrauch der Einrede weiter zu fassen. c. 14. h. t.:

> *In contractibus, in quibus pecuniae vel aliae res numeratae vel datae esse conscribuntur,* non intra quinquennium (quod antea constitutum fuerat) n. n. p. exceptionem objicere possit, *qui accepisse pecunias vel alias res scriptus sit,* vel successor ejus, sed intra solum biennium. — Sed quoniam *securitatibus* et *instrumentis depositarum rerum, vel pecuniarum, talem exceptionem opponere litigatores conantur*, justum esse perspicimus, hujusmodi potestatem in certis quibusdam casibus prorsus amputare, in aliis vero brevi tempore concludere.

---

In actione etiam depositi quae super rebus *quasi sine scriptis datis* (i. e. quae sine scriptis datae esse dicuntur — ὡσανεὶ ἀγράφως schol. Bas. III. 199.) movetur, jusjurandum ad exemplum ceterorum b. f. judiciorum deferri potest.

So einfach der Sinn ist, so versteht Hansen doch Folgendes: die Kraft eines Schuldscheins werde hier so geschwächt, daß es so sei, als ob gar kein Schuldschein vorhanden sei, — und folgert daraus mit Endemann, daß die querela n. n. p. auch gegen Urkunden über ein depositum stattfinde. Schon die Scholiasten geben die einfache Erklärung, „bei der actio depositi könne Kläger, wenn er behaupte die Sache ohne Empfangschein hingegeben zu haben, in Ermangelung anderer Beweismittel einen Eid deferiren.“

Nach der Ansicht Unterholzners soll von allen cautiones, in welchen Jemand den Empfang von Geldern oder Sachen bekennt, die Rede sein. — Wenn Justinian dies wollte, so hätte er die unmittelbar vorhergehende c. 13. h. t., welche unbedingt und allgemein das Gebiet der antecedens causa ausschließt, — streichen müssen. Eine solche Erklärung ist sogar sprachlich unzulässig. Es heißt ja nicht: in *cautionibus*, sondern: *in contractibus*, in quibus pecuniae vel aliae res numeratae vel datae esse conscribuntur. Contractus soll nun freilich auch einen Schuldschein bedeuten. Allein dieser Sprachgebrauch ist völlig unerweislich. Die Worte: *in contractibus*, in quibus pecuniae etc. numeratae esse conscribuntur, bilden vielmehr den Gegensatz gegen die später erwähnten *securitates*, quae a creditore conscribuntur, significantes *debiti solutionem factam* esse. Die contractus sind die Geschäfte, wo datione contrahitur, im Gegensatz der Quittungsgeschäfte, wo datione solvitur. Ohne eine solche Erklärung würde dieser Gegensatz allen Sinn verlieren. Denn die contractus, in welchen jemand eine Zahlung ex antecedente debito bekennt, würden ja auch die Quittungen mit umfassen.

Wenn also jene weitere Interpretation unzweifelhaft verwerflich ist, so bleibt die querela n. n. p. höchstens beschränkt auf die Fälle, wo datione *contrahitur*, also auf das Gebiet der Realkontrakte. Es würde dann bei nicht fungibeln Sachen ein sonderbares praktisches Resultat entstehen. Wer z. B. eine cautio über Empfang eines Pferdes als Faustpfand ausstellt, würde nach Ablauf der zweijährigen Frist nicht mehr den Empfang bestreiten dürfen,

wenn es auch vor Aller Augen in des Gegners Stall gestanden hat und noch steht!

Es ist indessen auch eine engere Interpretation zulässig, unter den res datae nur fungible zu verstehen, so daß namentlich depositum, commodatum und pignus ausscheiden. Die Gründe dafür möchten überwiegend sein.

Zulässig dürfte es zunächst sein, bei pecuniae vel aliae res zu denken an: pecuniae vel aliae res *ejus generis*, nämlich fungible Sachen. Der Ausdruck *dare* ferner bezeichnet nach echtem römischen Sprachgebrauch ein Geben zu Eigenthum[4]). Dieser Sprachgebrauch wird zwar später nicht mehr streng festgehalten. Aber die Wendungen dare rem, — *dare vel numerare*, möchten auch im Konstitutionenlatein nur so zu verstehen sein. Namentlich kommt das „dare rem" nie vor als Bezeichnung eines depositum, commodatum, pignus. Dem entsprechend sind auch die nachher vorkommenden Wendungen: „*depensas* esse pecunias vel alias res vel partem earum" und „non solutas sibi pecunias vel alias res dicere."

Später fährt Justinian so fort: Sed quoniam instrumentis depositarum rerum vel pecuniarum *talem exceptionem* opponere *litigatores conantur*. — Wenn er sie bei allen Realkontrakten zulassen wollte, wie konnte er dann unmittelbar nachher es so befremdend finden, daß beim depositum *litigatores conantur talem* exceptionem objicere? — jedenfalls ist bei dieser Fassung ein argumentum a contrario für alle Realkontrakte unstatthaft.

---

4) z. B. Gaj. III. 99. §. 2. J. de inutil. stip. (3. 19.) fr. 1. §. 10. de O. et A. (44. 7.) fr. 82. pr. de V. O. (45. 1.) Das Argument Mühlenbruchs Pand. §. 376. not. 12. aus dem Worte species scheint doch zu weit hergeholt.

Entscheidend endlich scheint mir folgendes Argument: da die c. 5. h. t. die querela n. n. p. kategorisch auf den Fall beschränkt, ubi credita pecunia petitur, da die c. 13. eben so kategorisch alle cautiones ex antecedente ausschließt, so hätte Justinian hier den Gebrauch der Querel erweitern wollen. Dagegen läßt sich mit Grund erinnern, daß jene Wendung datae vel numeratae nur beiläufig vorkommt; daß es nicht die Hauptabsicht ist, hier genau die Fälle zu bestimmen, in welchen, sondern die Zeit, binnen welcher die Einrede stattfinde; daß überhaupt Justinian durch diese beiläufige Wendung schwerlich eine Ausdehnung der querela n. n. p. auf Fälle beabsichtigt hat, in welchen sie erwiesen nicht stattfand, da vielmehr umgekehrt in der ganzen Konstitution das Bestreben ersichtlich ist, den Gebrauch derselben möglichst zu beschränken; daß Justinian endlich die c. 5. u. 13. cit. dann nicht unverändert hätte aufnehmen können. Auch er hat also wohl nur an Darlehnskautionen gedacht. Die weitere Bezeichnung res vel pecuniae datae vel numeratae drückt nur aus, daß nicht bloß Gelddarlehne gemeint sind. Auch die Wendung Justinians tit. J. de litt. obl.:

> Plane si quis *debere* se scripserit, quod ei *numeratum* non est, post multum temporis exc. n. n. p. opponere non potest,

enthält augenscheinliche Beschränkung auf das Darlehn.

Dazu kommen die mannigfaltigsten Zeugnisse aus dem nachjustinianischen Rechte. Zu c. 5. h. t. vergleicht Theodorus die exc. n. n. p. mit der exc. SC. Maced., indem auch sie nur gegen Darlehne stattfinde. Derselbe bezeugt wiederholt (III. S. 351. 357.), die querela n. n. p. finde statt nur beim Darlehn. Sei ein Schuldschein dage-

gen über eine andere vorangegangene Schuld ausgestellt (ἄλλῃ αἰτίᾳ προλαβούσῃ), gebe es keine exc., möge auch keine Zahlung erfolgt sein. — Ein älterer Scholiast ferner übersetzt in c. 14. h. t. die contractus, in quibus pecuniae vel aliae res datae vel numeratae esse conscribuntur, durch συνεγράψατο καθῶς καιρὸν ἐδανείσατο, also gleichzeitige Darlehne, im Gegensatze der causae antecedentes (III. 43. 44.) Ähnlich zu c. 13. h. t. (III. 358.)

Der Scholiast zu c. 1. ob turp. caus. kann sich diese Stelle, (welche mit dem Recht der querela n. n. p. nicht vereinbar ist,) nicht anders erklären als: „pone biennium transactum; vel etiam dicas stipulationem non esse ex *causa mutui*." Nur Thalelän s (III. 351.) bemerkt, die quer. n. n. p. finde auch in mehreren anderen Fällen statt, — jedoch nicht ohne den lebhaftesten Widerspruch eines andern Scholiasten.

So bleibt denn die Beschränkung auf das Darlehn. Man könnte freilich noch einwenden, daß die Wendung: pecuniae vel res datae vel numeratae, nothwendig auf eine Mehrheit von Kontrakten deute. Ebenso die Wendung c. 16. h. t: „in foeneraticiis cautionibus vel in aliis instrumentis quae talem exceptionem recipiunt." Allein das Darlehn enthält ja auch nach römischer Ansicht eine Mehrheit von Kontrakten, je nachdem es Gelddarlehn ist oder nicht, woraus zwei verschiedene Klagen entspringen, — ferner je nachdem Zinsen verabredet sind, oder nicht, foenus oder mutuum, — ferner die pecunia trajecticia, und das foenus nauticum.

Schließlich noch eine Übersicht der bisherigen Ansichten über den Umfang der querela n. n. p.:

Digitized by Google

1. Die älteste Ansicht beschränkt die exc. n. n. p. auf Darlehnsschuldscheine. Sie ist angenommen von der Glosse, Donell, Vinnius und den meisten Älteren, auch von vielen Neueren, unter denen namentlich Glück, Maier und Cropp hervorzuheben sind[5]).

2. Hieran schließt sich die Ansicht Endemanns, welcher die exc. n. n. p. gegen Scheine zuläßt, in welchen der Schuldner aus der Hingabe fungibler Sachen schuldig zu sein bekennt[6]); also außer dem Darlehne noch bei gewissen Innominatkontrakten.

3. Nach einer dritten Ansicht, die zuerst von Cujacius, am vollständigsten von Pfeiffer vertheidigt ist, findet die querela n. n. p. statt gegen alle Empfangsbekenntnisse über eine durch eine *datio* entstandene Verpflichtung[7]). Die Ansicht des Cujacius ist jedoch nicht ganz klar ausgedrückt.

4. Die vierte Ansicht endlich, vollständig ausgeführt[8]) von Unterholzner, läßt die exc. n. n. p. gegen alle Scheine zu, in welchen jemand den Empfang von Sachen oder Geldern bekennt, mag aus diesem Geben eine

---

5) Azo in summa cod. h. t. Donellus a. a. O. 216. 217. 233. 40. 265. 282. 283—86. 295. Fabrotus in enarrat. zu d. paratitla Cujacii h. t. Vinnius tit. J. de Litt. obl. Lauterbach S. 783. Menken 428. 429. 432. Cocceji a. a. O. qu. 23. Schulting S. 162. Glück S. 106—110. 153. 174—77. Maier S. 40—51. 60. 61. Cropp 325. 328. Reinhardt S. 34—42. 44—46. Waldeck a. a. O. S. 182. Die Litteratur überhaupt s. bei Reinhardt S. 34. 35. — 6) Endemann S. 14. 15. Vgl. Mühlenbruch §. 378. not. 12. — 7) Pfeiffer. Verm. Abh. S. 129—131. 138—151. Pr. Ausf. 157—161. Cujacius recit. sol. S. 263. 264. 327. 328. und paratitla h. t.; vgl. die notae h. t. — 8) Unterholzner S. 1—5. 8—30. vgl. Lehre von den Schuldverhältnissen I. S. 75—78. Meurer S. 36—60., besonders S. 51. not.

Obligation entstanden sein oder nicht. — Mit Unrecht zählt man hieher wohl die Ausführung Meurers. Denn im §. 17. spricht er nur von Realkontrakten (benannten und unbenannten). Im §. 23. legt er besonderes Gewicht auf die Worte der Institutionen: si quis *debere* se scripserit, quod ei numeratum non est. Im §. 24. führt er Lauterbach und Cocceji als übereinstimmend an. Im §. 30. endlich bezeichnet er die Fälle der exc. n. n. p. als solche „Personalforderungen, welche durch eine Dation oder Numeration erwachsen sind."

Die Begründung der letzten Ansicht ist ziemlich schwach. Der Hauptgrund, daß nämlich auch in diesem Falle jemand voreilig den Empfang bekannt haben könne, ist offenbar ungenügend. Das argumentum a contrario daraus, daß in c. 14. h. t. die querela n. n. p. gegen deposita ausgeschlossen werde, berechtigte doch höchstens zu der Annahme, daß sie bei den übrigen Realkontrakten stattfinde. Übersehen ist von Unterholzner ferner, daß eine solche querela bei Konsensualkontrakten eine exc. non adimpleti contractus sein, und daß sie nach seiner Ausführung mit der querela n. n. p. gegen Quittungen zusammenfallen würde. Übersehen ist endlich, daß die c. 13. h. t. ausdrücklich nur von Stipulationsurkunden, nicht von einfachen Schuldscheinen spricht.

Ebenso unerledigt ist die damit zusammenhängende Streitfrage wegen Bedeutung der „causa antecedens."

a) Die Ansicht Meurers geht dahin, es handle sich darum, ob die numeratio pecuniae im Schuldscheine bestimmt als vergangen erwähnt werde. Noch umständlicher ist diese Ansicht entwickelt bei Unterholzner, aus

„der

„der Natur der Sache"; angedeutet ist sie schon bei Cujacius, Lauterbach, gebilligt von Thibaut[9]).

b) Pfeiffer dagegen versicht unter cautio ex praecedente causa: eine Verschreibung, wodurch die Leistung einer Schuld bescheinigt wird, die schon vor der Zahlung rechtsverbindlich bestand, und setzt dieser entgegen Schuldscheine über eine Zahlung, durch welche eine Obligation erst entstehe, — also über Realkontrakte[10]). Wer daher z. B. ein mutuum, commodatum empfangen zu haben bekennt, gestehe damit eine Leistung, die zur Perfektion des Geschäfts gehört. Wer dagegen das Kaufpretium erhalten zu haben bescheinigt, bekenne eine Leistung, die nur zur Konsummation des Geschäfts dient (causa antecedens). — Reinhardt hält die Sache damit für abgethan, daß es nach der Meurerschen Ansicht heißen müsse „ex antecedente tempore," nicht aber ex antecedente causa descendens pecunia.

Daß in diesem Falle einmal beide Theile Recht haben, hat Niemand geahnet. Überhaupt ist in dem heftigen Streite über den Umfang der querela n. n. p. den Wortführern keine Ahnung von dem Zusammenhange der querela n. n. p. mit den Stipulationsurkunden, der stipulatio mit ihrer causa, der causa antecedens mit dem Gegensatze der Gleichzeitigkeit beim Darlehn aufgegangen. Damit fehlte der Schlüssel zum Verständnisse der c. 5. u. 13. h. t., und damit dem ganzen Streite der eigentliche Boden[11]).

---

9) Meurer a. a. O. S. 40—60. Unterholzner S. 1—5. 8—19. 31. 32. Cujacius recit. sol. zu c. 1. de prob. Lauterbach §. 74. a. a. O. Overbeck Meditat. Bd. 5. Med. 273. Zanger P. II. c. 14. No. 38. p. 589. Thibaut §. 180. — 10) Pfeiffer a. a. O. Hansen S. 64 ff. Reinhardt S. 46. Maier S. 47. (noch enger). — 11) Eine ehrenvolle Ausnahme macht

Donell z. B. kann sich die c. 13. h. t. nicht anders erklären als daß, wenn die exc. n. n. p. wegen eines debitum ex antecedente causa descendens wegfalle, damit eine „*alia antecedens quam mutui*" gemeint sein müsse; — eine Erklärung, die er zu c. 5. h. t. noch einmal wiederholt, dann aber selbst als unhaltbar verwirft. Er versucht daher noch eine zweite künstlichere Erklärung der c. 5. Er nimmt an, daß der Schuldner eine Summe aus einem Mandate, Depositum oder sonst schuldig gewesen, und später verabredet sei, diese ihm als Darlehn zu belassen. Der Sinn des Reskripts sei also: die exc. n. n. p. finde nur statt über ein Bekenntniß von schlechthin geliehenem Gelde (ubi quasi credita pecunia petitur), — nicht wenn ein anderes Geschäft dem Darlehn vorherging. Denn hier handelt es sich gar nicht darum, ob eine Geldsumme gezahlt worden, wenn nur eine justa *causa debiti praecesserit*.

Meurer führt aus, daß die exc. n. n. p. da, wo von kontrahirten Obligationen die Rede ist, gegen alle chirographa stattfinde, in denen der Empfang von Sachen oder Geldern bescheinigt und dagegen irgend eine andere Verbindlichkeit ausdrücklich oder stillschweigend übernommen wird. So versteht er nämlich die Worte ubi quasi credita pecunia petitur, weil die Bedeutung der Worte credere und pecunia sehr weit sei. — Dieser generellen Bedeutung der pecunia credita entspreche die ebenso generelle ex antecedente causa descendens; der Unterschied liege nur darin, ob das Geld als in einem vergangenen Zeitpunkte gezahlt erwähnt

---

Liebe, Stipulation S. 371—84., der nur, durch die früheren Bearbeiter des Litteralkontrakts verleitet, zu irrigen Endresultaten kommt.

werde. „Es stehen also nicht Darlehn und andere Kontrakte, sondern gleich anfängliche Auswechselung des chirographum gegen (wenigstens bescheinigte) Numeration und erst nachherige Ausstellung eines chirographum über eine vorher nur verbriefte Schuld der Verleihung und Nichtverleihung der exc. n. n. p. gegenüber." — Ein Resultat, das der Sache nach vernünftig, aber ohne quellenmäßige Begründung aus „der Natur der Sache" entnommen wird.

Unterholzner nimmt zum besseren Verständnisse der c. 5. vorweg an, daß diese Stelle überhaupt sehr unklar und konfus gefaßt sei. Wenn die exceptio n. n. p. hier auf den Fall beschränkt werde, ubi quasi credita pec. petitur, so dürfe man das nicht so streng nehmen. „Man braucht blos vorauszusetzen, daß der Anfragende einen Fall, wo es um ein creditum zu thun war, erzählt und dabei die exc. n. n. p. gänzlich ignorirt hätte, um es begreiflich zu finden, wie der Kaiser den erwähnten Bescheid geben konnte, ohne auf die Worte ubi quasi credita pec. petitur ein Gewicht zu legen, welches uns zu einem argumentum a contrario berechtigte" u. s. w.

Auf dem richtigen Wege war Liebe; er ist jedoch durch die Annahme eines Litteralkontrakts aus einfachen Schuldscheinen bei dieser (ihm entfernter liegenden) Frage sogleich wieder auf Abwege gerathen.

## §. 6.

## Anwendung der querela n. n. p. auf einfache Schuldscheine.

Wenn wir bisher die Einführung der querela n. n. p. und ihren Umfang bei Stipulationsurkunden erörtert

haben, so ist diese Behandlungsweise quellenmäßig. Es ist kaum begreiflich, wie ältere Romanisten fast ohne Ausnahme eine Erscheinung übersehen konnten, die sich beim flüchtigsten Überblick der Quellen darbot. Alle Stellen sind entweder zweideutig, oder sprechen ausdrücklich nur von Stipulationsurkunden:

c. 1. h. t. (197.) si *cautionem* frustra emissam cesseris. Bei der Zweideutigkeit von cautio kann hier sowohl eine Stipulationsurkunde als ein einfacher Schuldschein gemeint sein.

c. 2. h. t. (213.) si *cautionem interposuisti,* deutet mehr auf eine Stipulationsurkunde;

c. 3. h. t. (215.) ebenso die Wendungen: si ex cautione tua conveniri coeperis, und die erwähnte doli exceptio.

c. 4. h. t. fidem *cautionis* agnoscere zweideutig.

c. 5. h. t. ist in *chirographum* quantitas redigitur, ebenfalls zweideutig, doch „pecunia cavebatur" deutet mehr auf Stipulation. So übersetzt auch Thaleläus: *ἐπερωτᾶται.*

c. 6. h. t. si in vicem ejus, qui erat obligatus, substitueris te debitorem, d. h. Expromission oder Delegation.

c. 7. h. t. deutet *pecuniam cavere* und per *condictionem obligationem* repetere eher auf eine Stipulation. Die Basiliken übersetzen: ἐπερωτηθέντες und ἐπερώτησις.

c. 8. h. t. qui *cautionem* exposuit, zweideutig.

c. 9. h. t. si *stipulatione* interposita placita creditor non dederit.

c. 11. h. t.: si transactionis causa *stipulanti spopondisti.*

c. 13. h. t. die einzige generelle, also wichtigste Konstitution vor Justinian, nennt den Aussteller der cautio promissor, den Gegner stipulator.

c. 14. h. t. lautet generell und unbestimmt, der §. 2. erwähnt jedoch die *cautiones foeneraticiae*, also muthmaßlich Stipulationsurkunden.

c. 16. h. t. ebenfalls *foeneraticiae cautiones*.

c. 3. de postulando. Si quasi mutuam pecuniam accepisses, eam te redditurum *promisisti*.

c. 5. si cert. pet. erwähnt ausdrücklich die Stipulation.

c. 1. cond. ob turp. caus., hier deutet *interposita cautio* auf Stipulation, auch übersetzen die Basiliken ἐπερωτήϑη, und ὁμολογία.

c. 4. de cond. ex L. zweideutig reddi *cautionem*.

c. 6. de compens.: *scriptura, qua cautum est* accepta; in der lex geminata c. 1. de compens.: quum *ex stipulatu* conveniaris.

c. 4. de duob. reis handelt von „*duo rei promittendi*".

Th. C. si cert. pet. c. 1, 4.: sin vero suam *manum* confiteatur, sed nihil sibi numeratum pro huc obligatione *caussetur*, tunc *chirographi* discuti oportebit aetas: (zweideutig und überhaupt nur gelegentlich erwähnt.)

§. 2. J. de exc.: si quis quasi credendi causa pecuniam *stipulatus fuerit*, neque numeraverit.

Tit. J. de litt. obl. unbestimmt: si quis debere se *scripserit*, quod ei numeratum non est, — am Schluß aber wird durch die Worte *cessante scilicet verborum obligatione* ausgedrückt, daß dies debere se scribere auf einen Schuldschein sowohl mit als ohne Stipulationsklausel geht.

Digitized by Google

Am wichtigsten bleibt aber jedenfalls das Argument aus c. 13. h. t., indem diese einzige generelle Konstitution aus dem vorjustinianischen Rechte nur die Stipulationsurkunden erwähnt, obwohl sie die erklärte Absicht hat, den Umfang der querela n. n. p. generell zu bestimmen.

Eine freilich verworrene Stelle des Scholiasten Thaleläus zu c. 5. h. t. sagt sogar ausdrücklich, daß die querela n. n. p. nur gegen Stipulationen, nicht gegen einfache Schuldscheine stattfinde. (Fabr. III. 351.) Diese Behauptung ist indessen offenbar irrig. Schon die Fassung der c. 1. Th. C. si cert. pet. ist so allgemein, daß sie auch von einfachen Schuldscheinen verstanden werden muß: sin vero suam *manum* confiteatur — *chirographi* discuti oportebit aetas etc. Auch scheint in der c. 9. h. t. eine Gleichstellung beider Arten von Schuldscheinen angedeutet:

Quum ultra hoc, quod accepit, re obligari neminem posse constet, *et si stipulatione interposita* placita creditor non dederit, in factum dandam esse exceptionem convenit, si needum tempus transiit etc.

Jedenfalls berechtigt uns schon die Zweideutigkeit des Wortes cautio zu der Vermuthung, daß das neue Institut der querela n. n. p. frühzeitig auch auf einfache Schuldscheine angewendet wurde.

Zu der Annahme sind wir jedoch nach Lage unserer Quellen berechtigt: daß sie hauptsächlich auf Stipulationsurkunden berechnet sei. Dies kann aber einen doppelten Grund haben. Entweder waren bei Darlehnsgeschäften Stipulationsurkunden häufiger im Gebrauche, als einfache Schuldscheine, wegen der Zinsen und Konventionalstrafen: — oder die querela n. n. p. wurde zuerst bei Stipulationsurkunden (durch ein Reskript) eingeführt und wegen des

gleichen Grundes auch auf einfache Schuldscheine ausgedehnt; oder es können auch beide Gründe zusammen getroffen sein. Wäre sie auf einfache Darlehnsschuldscheine hauptsächlich berechnet, so wäre auch die Stellung der Lehre in oder neben dem Titel de rebus creditis viel natürlicher gewesen.

Die Gleichstellung beider Fälle ist jedenfalls natürlich. Findet doch aus dem Gelddarlehn sogar dieselbe condictio certi statt, wie aus der stipulatio pecuniae creditae. Mag ferner der creditor aus der Stipulation, oder mag er aus der mutui datio klagen, in beiden Fällen muß er die Hingabe des Darlehns beweisen. Hier gehört es zur Klage, dort wird er durch doli exceptio zu demselben Beweise genöthigt. In beiden Fällen führt er seinen Beweis durch das Empfangsbekenntniß. In beiden Fällen entsteht die gleiche Frage, ob man einem solchen Schein unbedingten Glauben beimessen könne. In beiden Fällen wird im Zweifel die datio mutui und die emissio cautionis gleichzeitig erfolgen sollen. Keiner von beiden mag den Anfang mit seiner Leistung machen. Diese entgegengesetzten Interessen lassen sich nur durch die Gleichzeitigkeit beider Akte ausgleichen, die freilich praktisch nicht genau durchzuführen ist, so daß auch hier bald „ex continenti fit cautio" bald „paulo post sequitur numeratio". Kurz beide Fälle stehen praktisch durchaus gleich; eine cautio creditae pecuniae sieht ebenso aus, mag es eine Stipulationsurkunde sein oder ein einfacher Schuldschein: nur daß dort noch eine Stipulationsklausel angehängt ist, auf die es beim Beweise nicht ankommt. Die Natur der confessio zum Zwecke des Beweises ist ganz gleich. Die emissio cautionis wird im Vergleich zur Zahlung weder früher noch später erfolgen,

mag eine Stipulationsklausel in dem Scheine sein oder nicht. Ganz treffend wird diese Gleichzeitigkeit im Th. C. c. 1. si cert. pet. durch „si nihil sibi numeratum *pro* hac obligatione caussetur" angedeutet. Das ganze Institut der querela n. n. p. war ja eben nur wegen des in der cautio liegenden Empfangsbekenntnisses entstanden; und diese Bedeutung der cautio als Beweismittel war praktisch so überwiegend, daß zuweilen „confessio" geradezu mit cautio identifizirt wird. (z. B. fr. 20. c. 36. §. 2. de donat.)

Begreiflich ist es daher, daß man für beide Fälle denselben Ausweg traf; durch Einführung der querela n. n. p. Auch wer eine *cautio* ohne Stipulationsklausel ausstellt, muß also seine Behauptung *(querela)* des Nichtempfangs der Valuta *„intra tempus legibus definitum"* anbringen.

Daher sind denn auch die Fälle gleich bestimmt, in welchen eine solche Einrede gegen einfache Schuldscheine zulässig ist. Ich habe schon oben bemerkt, daß die c. 5. h. t. zweideutig ist. Verstehen wir sie, wie alle bisherigen Erklärer, von einfachen Schuldscheinen, so ergiebt sich daraus folgende Argumentation. Auch hier findet die querela n. n. p. nur statt, „quum quaeritur an pecunia *tum*, *quum* cavebatur, numerata sit", oder „si nihil sibi numeratum esse *pro* hac obligatione caussatur". Also auch hier werden Zahlung und Ausstellung des Schuldscheins als gleichzeitig gedacht. Der Gegensatz ist, cum ex antecedente causa debiti in chirographum quantitas redigitur. Diese causa antecedens ist hier dasselbe vorangegangene debitum, wie im Falle einer Stipulationsurkunde; nur daß es bei der Stipulation einer doli exceptio

bedarf, um die causa zum Vorschein zu bringen. Der Name querela n. n. p. gilt für beide Fälle gleich. Zweck, Wirkung, Frist sind ja dieselben. Ebenso wenn der Schuldner, ohne Klage abzuwarten, protestirt, ist Name, Form und Wirkung der contestatio gleich. Anders freilich, wenn er es zur Klage kommen läßt und die querela non numeratam esse pecuniam als Vertheidigung geltend macht. Bei einfachen Schuldscheinen enthält solche Vertheidigung ein Ableugnen des Klagegrundes, bei Stipulationsurkunden eine wahre exceptio. Nur der prozessualische Name würde also in diesem Falle sich ändern, Zweck und Wirkung aber gleich bleiben. Daß aber die Römer grade die Wirkung und nicht die prozessualische Form des Rechtsmittels als Hauptsache ansahen, ergiebt sich daraus, daß dasselbe eben so oft querela n. n. p. als exceptio n. n. p. genannt wird. — Aber auch der Name exceptio n. n. p. konnte leicht technisch werden. Im Fall einer Stipulationsurkunde fiel die querela n. n. p. mit der in diesem Fall schon stattfindenden doli exceptio zusammen, die nun deshalb immer in factum konzipirt, und nun exceptio n. n. p. genannt wurde. Seit der Einführung der querela n. n. p. war daher auch der Name exceptio n. n. p. für eine solche Vertheidigung technisch geworden. Daß er es vorher nicht war, ergiebt sich aus den Pandekten; daß er es gleich nach der Einführung wurde, ergeben schon die älteren Koderstellen. Exceptio n. n. p. nannte man nun einmal technisch den Fall, wenn der Aussteller einer cautio in seiner Vertheidigung die Beweiskraft des Empfangsbekenntnisses anfocht. Erklärlich wird dieser Übergang durch das Zusammentreffen folgender Umstände:

1. er geschah (frühestens) im dritten Jahrhundert, also

zu einer Zeit, wo die altrömische Bedeutung von exceptio mit dem Verfall der ordinaria judicia und des Formularprozesses verwischt, und an ein strenges Festhalten prozessualischer Begriffe nicht mehr zu denken war; zu einer Zeit des Verfalls prozessualischer Bezeichnungen, in welcher sogar *exceptiones* contra personas testium, eine *exceptio* falsi tutoris, *exceptio* lenocinii und ähnliche*) vorkommen.

2. der Fall der Stipulationsurkunden war nun einmal der Hauptfall; wie ihr Gebrauch denn überhaupt nicht häufig genug gedacht werden kann. Sollte jene defensio mit so eigenthümlicher Wirkung einen prozessualischen Namen erhalten, so ist eine solche denominatio a potiori facta so befremdend nicht.

Und doch — wird man einwenden — bleibt die Annahme eines solchen Namensüberganges eine Hypothese? — Eine Hypothese ist sie insofern nicht, als das factum feststeht und nur die Erklärung des Wie zu geben ist. Diese Erklärung des Wie ist aber nach unseren Quellen die einzig mögliche: jede andere setzt quellenwidrige Erfindungen voraus.

3. spricht dafür folgende Analogie. Als Justinian die querela n. n. p. bei Dotalinstrumenten und gewissen Quittungen-einführte, (Abh. I. §. 4. 5.) nannte er sie exceptio n. n. p. Der Name paßt bei Dotalinstrumenten ebenso wenig, aber er war einmal technisch geworden. Noch seltsamer erscheint es, die Behauptung des Gläubigers gegen Quittungen (also eine Replik in unserm nichtrömischen Sinne) exceptio zu nennen. Und doch ist es von

*) c. 14. de contr. et committ. stip. — Nov. XC. praef. c. ult. de eo qui pro tut. c. 28. ad leg. Jul. de adult. Nov. XXII. c. 44. §. 1. — Nov. XXXII. c. 1.

Justinian geschehen. Ist diese viel gewaltsamere Übertragung des Namens unleugbare Thatsache, so werden wir auch an die minder gewaltsame Übertragung von Stipulationsurkunden auf einfache Schuldscheine glauben müssen.

Wenn sonach die querela bei Stipulationsurkunden und Schuldscheinen gleichmäßig stattfindet, so bleibt sie doch wenigstens auf Urkunden beschränkt. Bei mündlicher stipulatio creditae pecuniae findet unverändert eine perpetua doli exceptio statt. Ein bisher nicht angeregtes Bedenken ergiebt §. 2. J. de exc. (Gaj. IV. 116.):

> Idem juris est, si quis quasi credendi causa pecuniam *stipulatus sit,* neque numeraverit. Nam eam pecuniam a te petere posse eum certum est, dare enim te oportet, quum ex stipulatione tenearis. Sed quia iniquum est eo nomine te condemnari, placet per exceptionem p. n. n. te defendi debere, *cujus tempora nos, secundum quod jam superioribus libris* (tit. J. III. 21.) *scriptum est, Constitutione nostra coarctavimus* (c. 14. h. t.).

Wo also Gajus eine gewöhnliche (perpetua) doli exceptio nennt, spricht Justinian von einer zweijährigen exceptio non numeratae pecuniae. Zunächst wäre es jedoch unmöglich einen Grund zu finden, warum man die perpetua exceptio in diesem Falle, bei ganz gleichen Voraussetzungen, auf 1, 5, oder 2 Jahre hätte beschränken sollen. Ferner würden diese Fragmente der klassischen Juristen, deren Fassung keine Zeitbeschränkung zuläßt, in die justinianische Pandektensammlung kaum unverändert aufgenommen sein. Überhaupt kann aber das referens nicht ohne relatum genommen werden. Justinian spricht von derjenigen exc. n. n. p., deren Zeitfrist er durch seine Konstitution ge-

ändert habe. In dieser (c. 14. h. t.) ist aber entschieden nur von einer Einrede gegen **Urkunden** die Rede. **Tribonian** hatte vielmehr bei der Einrede gegen eine Stipulation wegen mangelnder causa unwillkührlich sogleich den Fall im Auge, daß diese Stipulation in einen Schuldschein gebracht sei. Dies war ja der Sitte nach das Gewöhnliche, und die Stelle kann uns als Belag dienen, wie geneigt man war, bei einer Stipulation sogleich an eine schriftlich konzipirte zu denken. Direkt bestätigt **Theophilus** diese Annahme, welcher statt stipulatio geradezu *γραμματεῖον* setzt, und damit abwechselnd *ἐπερώτησις* gebraucht.

Aus denselben Gründen müssen wie in der c. 9. h. t. an eine **schriftliche** Stipulation denken:

> Cum ultra hoc, quod accepit, re obligari neminem posse constet, ***et si stipulatione interposita*** placita creditor non dederit, in ***factum esse dandam exceptionem*** convenit, si necdum tempus transiit, intra quod hujus rei querela deferri debet etc.

Unsere Stelle ist ein Reskript: aus der vorangegangenen Anfrage wird sich ergeben haben, daß es sich um eine **schriftliche** Stipulation handelte. Die Basiliken und die Scholiasten nennen den Schuldner ausdrücklich einen *χειρογράφων*.

Die Fassung dieser Stellen ist zu vergleichen mit c. 5. si cert. pet., in welcher Anfangs auch nur von einer Stipulation die Rede ist, der Verlauf aber unzweifelhaft ergiebt, daß eine schriftliche Stipulation gemeint ist. Endlich kann ich mich auch hier zur Unterstützung meiner Meinung auf die Scholiasten berufen, namentlich auf die schon oben erwähnte Stelle des Scholiasten zu fr. 30. de R. C.: Τὸ *μὲν γὰρ κείμενον ἐπερωτηθέντα τινὰ θεμα-*

Digitized by Google

τίζει ὡς μέλλοντα δανεισθῆναι —· ἐφ' οὗ θέματος οὐκ ἔχει χώραν ἡ τῆς ἀναργυρίας παραγραφή· αὕτη γὰρ τότε χώραν ἔχει, ὅτε τὸ χειρόγραφον συντίθεται etc. Ferner darauf, daß die Basiliken zu den Pandektenstellen, in welchen die doli oder n. n. p. exc. gegen Stipulationen erwähnt wird, die querela n. n. p. mit ihrer Zeitbeschränkung gar nicht erwähnen. fr. 2. §. 3. de doli exc. und fr. 4. §. 16. ibid. (Meermann Thesaur. V. S. 88.). Ich bin aus diesen Gründen der Meinung, daß die zweijährige querela n. n. p. auch im neuesten römischen Recht auf mündliche Stipulationen keine Anwendung findet.

## §. 7.

## Historische Untersuchungen der Neueren.

Hierüber ist wenig zu melden. Die Gestaltung der schriftlichen Stipulationen wird von dem Gesichtspunkt gewöhnlicher beweisender Urkunden aufgefaßt, ohne daß man entwickelt, wie dadurch Form, Wesen und praktischer Gebrauch der verborum obligatio wesentlich modifizirt erscheint.

Noch übler steht es mit der sogenannten Geschichte der querela n. n. p. Michaelis[1]) will die exc. n. n. p. nur bei Schuldscheinen entstehen und gelten lassen, welche ein argentarius sich ausstellen läßt; weil gerade bei den Wechslern es gewöhnlich sei, Schuldscheine vor geleisteter Zahlung dem Schuldner abzulocken. — Eine Idee, welche rein erfunden ist.

Maier[2]) behandelt den Gegenstand angeblich historisch. Er spricht Anfangs einiges über die alte litterarum

1) Bei Zanger tr. de exc. II. 933. ff. nach Vorgang Ludewigs. — 2) Diss. de non n. p. cit. S. 8—23.



obligatio und die Argentarien; dann von der exceptio n. n. p. gegen Stipulationen, von welcher aber als von einer gewöhnlichen peremtorischen Einrede nicht viel zu sagen sei. Dann kommt er auf die exceptio n. n. p. gegen Schuldscheine. Wie diese aber mit der exceptio n. n. p. gegen Stipulationen zusammenhänge, kümmert ihn weniger als die Frage, wie und ob der Prätor die exceptio n. n. p. auch gegen syngraphae zugelassen habe. Er begnügt sich endlich damit, zu berichten, daß sie gegen gewöhnliche Schuldscheine „nach Analogie der syngraphae und Stipulationen" zugelassen sei. Eine beiläufige Andeutung eines Zusammenhangs der exceptio n. n. p. gegen Stipulationsurkunden und gegen einfache Schuldscheine findet sich übrigens auch schon bei Cujacius.

Die sogenannte Geschichte der exc. n. n. p. bei Glück[3]) ist gleichartig der Darstellung bei Maier.

Unterholzner[4]) stellt die Vermuthung auf daß die exceptio n. n. p. nur eine species der i. i. restitutio wegen dolus sei. Was er über die exc. n. n. p. gegen Stipulationen anführt, ist völlig unklar. Auch Cropp ist kurz und ungenügend. Die meisten Übrigen vermeiden diesen Punkt der Erörterung.

Desto wichtiger schien dagegen die Frage, ob bei der alten nominum obligatio und bei den syngraphae eine querela n. n. p. stattfand, — eine Frage, die sehr ernsthaft erörtert zu werden pflegt.

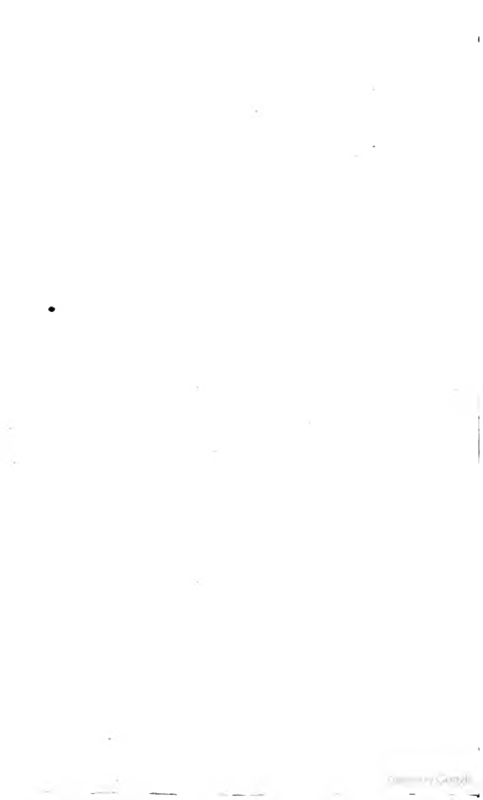
3) Glück Bd. 12. S. 130. ff. — 4) Unterholzner Archiv VII. S. 39.

# IV.

## Der neuere römische Litteralkontrakt.

---

Digitized by Google



## §. 1.

## I. Der Litteralkontrakt durch chirographa.

Die ursprünglich neben der Stipulation vorkommende nominum obligatio durch Eintragung in die codices accepti et expensi war zu Justinians Zeit längst veraltet. Er bezeugt dies selbst im Titel der Institutionen de litt. obl., deutet dabei aber an, daß eine Art von Litteralkontrakt noch immer stattfinde. Man hat diesen den neuen römischen Litteralkontrakt genannt. Über sein Wesen und die Art seiner Begründung finden sich indessen drei Hauptansichten:

I. nach der einen sollen die Schuldscheine, chirographa, cautiones, an sich einen formellen Vertrag begründen,

II. nach einer andern entsteht ein solcher nur durch eine besondere Art von Schuldscheinen, die *syngraphae*,

III. nach einer dritten Ansicht soll die litt. obl. nicht aus dem Schuldschein als solchem entstehen, sondern es wird nur die besondere Wirkung des Schuldscheins nach Ablauf der Frist der *querela n. n. p.* als litt. obl. angesehen.

Als Vertreter der ersten Ansicht muß Cropp[1]) gelten. Zwar ist sie älteren Ursprungs, z. B. bestimmt ausgesprochen bei Schulting[2]), von einer quellenmäßigen Be-

1) Cropp. über litt. obligatio, cautio indiscreta etc. in Heise und Cropp Jurist. Abh. Hamburg 1827. I. S. 325—361. — 2) Schulting Jus civ. Antej. p. 164 a. Unter den Älteren liefert das größte Material Salmasius de usuris. cap. 6.

gründung kann jedoch erst seit Cropp gesprochen werden, an welchen sich eine Abhandlung von Endemann anschließt. Liebe hat diese Ansicht mehr vorausgesetzt, als bewiesen[3]). Bei anderen Neueren kommt sie nur beiläufig vor.

Wir geben hier die Beweisgründe Cropps im Zusammenhange, und reihen in dieselben die von Anderen gelegentlich beigebrachten ein. Einer klareren Darstellung ist die Croppsche Ausführung ohnehin bedürftig.

Der formelle Vertrag durch chirographa sei erst später und subsidiär für solche Fälle, in welchen es sonst an einer strengen Verpflichtung gefehlt haben würde, entstanden. Er sei völlig verschieden einerseits von der alten nominum obligatio, andererseits von den Stipulationsurkunden, welche nur zum Beweise dienen. Ausdrücklich bezeugt werde sein Dasein durch Gajus **III.** 134:

> ***Praeterea*** litterarum obligatio fieri videtur ***chirographis*** et syngraphis, i. e. si quis debere se aut daturum se scribat; ita scilicet si eo nomine stipulatio non fiat; quod genus obligationum proprium peregrinorum est.

Mit den Schlußworten solle nur auf den ausländischen Ursprung der chirographa und auf den häufigen Gebrauch derselben unter Peregrinen hingedeutet werden.

Der Übergang der chirographa auf römische Bürger datire sich nämlich, wie Endemann näher ausführt, erst seit Cicero; denn in der bekannten Stelle pro Rosc. Comoed. c. 5. komme eine condictio certi nur vor aus einer numeratio, expensilatio, stipulatio, noch nicht aber

---

3) **Endemann** Progr. de chirographo Marb. 1832. 4. S. 1—10. Liebe Stipulation. S. 24. 25. 371—84.



**ex chirographo.** Ursprünglich sei dieser Litteralkontrakt allerdings ein Institut der Peregrinen. Mannigfaltige Umstände erklären jedoch seine Aufnahme unter Bürgern. Nur die mangelnde Gegenwart der Parteien unterscheide das chirographum von der Stipulationsurkunde, ähnlich wie die Bestellung eines cognitor von der des procurator. Diese Ähnlichkeit habe zur Erleichterung der Rezeption beigetragen, um so mehr als überhaupt die spätere Rechtsbildung zu laxeren Formen hinneige. Noch zu Gajus Zeit sei dessenungeachtet der häufigste Gebrauch solcher Verschreibungen unter Peregrinen gewesen, und daraus erkläre sich, daß Gajus diesen Litteralkontrakt so überaus kurz abfertigt. Dasselbe scheine von den übrigen Juristen geschehen zu sein, und dadurch vielleicht seien die justinianischen Kompilatoren veranlaßt, die litt. obl. überhaupt aus den Pandektenfragmenten wegzulassen. Für deren Bestehen und Fortdauern in der Kaiserzeit sprechen jedenfalls die unzweideutigsten Zeugnisse. So stelle Seneca die chirographa mit den nomina zusammen, de benef. II. 13, wo er gegen die eifert, „qui aut hominem aut scripturam testem evitent, et hoc modo *neque nomen*, neque *chirographum* facere properent". — An einer andern Stelle (de benef. VII. 10.) nenne er: „diplomata, syngraphae, cautiones, vacua habendi simulacra", wo die diplomata[4]) wohl mit Salmasius für chirographa zu halten seien. — Unter Sever und Antonin komme eine Klage aus solchen cautiones vor: c. 3. de non num. pec. si *ex cautione* tua *conveniri* coeperis. c. 9. ad exhib.: *chirographa* tua, *ex quibus* jam nihil *peti* potest";—

4) Salmasius de mod. us. 403.

c. 25. de usur.: Pro auro et argento et veste, facto *chirographo*, licitus usuras solvi vel promitti jussimus. — c. 3. Th. C. de denunc.: Quum quis ad luendum debitum evidenti *chirographo convenitur*.— In c. un. §. 4. Th. C. de denunc. werde das chirographum ausdrücklich als *obligatio* bezeichnet: Si nihil sibi numeratum pro *hac obligatione* caussetur, tunc *chirographi* disceuti oportebit netas. Ebenso in c. 7. de non num. pec. — Am bestimmtesten endlich laute folgende Konstitution von Arkadius c. 6. Th. C. de denunc.:

> Si quis debiti, quod ex foenore vel mutuo, data pecunia, sumsit exordium, vel ex alio quolibet titulo, *in litterarum obligationem facta cautione translatum* etc. —

es werde durch cautiones Novation und Verwandlung einer jeden Schuld in eine litterarum obligatio bewirkt; ganz entsprechend dem, was Gajus von den chirographa sage. Ja es komme im Theod. Codex eine certi petitio de chirographis vor: c. 1. Th. C. si certum petatur de chirographis.

Den Mittelpunkt der ganzen Beweisführung bildet aber die Interpretation, welche Cropp von *fr.* 25. *de probat.* giebt.

Er findet in dieser Stelle eine Parallelisirung der condictio indebiti mit der condictio einer *cautio* indebite exposita. Daß diese „cautio" ein einfacher Schuldschein sei, wird als sich von selbst verstehend vorausgesetzt. Die Anfechtung der cautio werde verlangt als einer „indebite exposita". Dies gehe aber offenbar weiter als die bloße Bestreitung ihrer Beweiskraft. Vielmehr liege darin eine

Andeutung der zu Grunde liegenden **litterarum obligatio.** Die Worte **in cautionem deducere** entsprechen dem sonst üblichen **in stipulatum deducere,** und deuten an, daß hier wie dort eine Einkleidung des Anspruchs in einen formellen Kontrakt statt finde. Eben deshalb bedürfe es einer besondern condictio oder exceptio zur Aufhebung der formell bindenden Kraft des Schuldscheins; selbst dann, wenn dieser keine sonstige causa debendi enthalte (cautio indiscreta). Im Fall des Darlehns gestalte sich diese exceptio indebiti zu einer exc. non numeratae pecuniae. Auch das Vorhandensein dieser Einrede zeuge für den Litteralkontrakt durch chirographa. Wie könne sie sonst exceptio heißen? wie so gleichmäßig bei Stipulationsurkunden und einfachen Schuldscheinen stattfinden? Das Darlehn könne durch den Schuldschein (der exc. n. n. p. wegen) nicht bewiesen werden; — wozu also überhaupt eine Skriptur, wenn sie nicht obligatorische Wirkung hätte?[5]) Würde die Urkunde nur als Beweisdokument betrachtet, so wäre endlich nicht abzusehen, wie der Schuldner zu einer *condictio* derselben berechtigt werden und auf Befreiung klagen könnte

Dabei werde jedoch schon in der c. 5. und 13. de non num. pec. der wichtige Unterschied angedeutet, ob eine Schuldverschreibung eine ältere Schuld zum Gegenstande habe, oder ob sie über eine erst jetzt kontrahirte Schuld ausgestellt werde. Im ersteren Falle sei diese

5) Von Meyerfeldt, Schenkung I. 330. macht dabei noch aufmerksam auf die Bezeichnung einer cautio als „inanis", in c. 1. de non num. pec., woraus sich ergebe, daß der Schuldschein durch die exc. n. n. p. wie ein formeller Vertrag per exceptionem inanis werde.

Digitized by Google

Einrede eine exceptio indebiti, im zweiten eine exceptio non numeratae pecuniae.

Wenn dem chirographum ein eben kontrahirtes neues Darlehn zu Grunde liege, habe ursprünglich allerdings gegen die condictio certi ex chirographo eine gewöhnliche exceptio doli stattgefunden, die noch c. 3. de non num. pec. vorkomme. Gegen Ende des zweiten, gewiß aber im dritten Jahrhundert sei durch Kaiserliche Konstitutionen eine besondere an eine Frist geknüpfte exc. n. n. p. dagegen zugelassen, durch welche der Beklagte den Gläubiger zum Beweise der Auszahlung nöthige. Troß dieser begünstigten Einrede sei indessen die litterarum obligatio stehen geblieben. Selbst Justinian sage nur, daß die alte *nominum obligatio* außer Gebrauch sei, erwähne aber die litt. obl. aus den chirographis und eine condictio ex scriptura ausdrücklich. Freilich stelle Tribonian die Sache so dar, als ob diese litt. obl. erst nach Wegfall der exc. n. n. p. entstände; dies sei jedoch nur so zu verstehen, daß dann erst eine wirksame *litt. obl.* eintrete, welche nicht mehr durch die bloße Behauptung non numeratam esse pecuniam beseitigt werden könne. Namentlich werde noch in §. 2. J. de exc. eine exc. n. n. p. gegen Stipulationen in ganz gleicher Weise zugelassen, wie gegen Schuldscheine. Sie müsse also in beiden Fällen eine wirkliche Einrede gegen einen Formalkontrakt sein.

Der zweite Hauptfall sei der einer Verschreibung über eine ältere Schuld. Hier komme natürlich nicht in Frage, ob Geld gezahlt sei oder nicht, sondern ob die vorhergehende Schuld Rechtsbestand habe (an justa causa debiti praecesserit). — Die Ausstellung einer Urkunde über eine ältere Schuld könne aber in dreifacher Absicht

geschehen: des Beweises halber, — um eine Novation vorzunehmen, — oder um die Schuld anzuerkennen, und zugleich dem Gläubiger die Berichtigung derselben zu versprechen.

a) Werde die Urkunde nur ausgestellt, um dem Gläubiger ein Beweismittel darüber in die Hände zu liefern, so liege in der Ausstellung nicht die Eingehung einer neuen Verbindlichkeit; denn das sei nicht die Absicht des Ausstellers gewesen. In diesem Falle entstehe also keine neue Verbindlichkeit, sondern nur ein Beweismittel für die vorhandene.

b) die Novation durch chirographa, welche namentlich bei Gajus und im Theodosischen Kodex unzweideutig erwähnt sei, müsse zu Justinians Zeit außer Gebrauch gekommen sein; denn es finden sich nur Stipulation und Litiskontestation als Formen der Novation erwähnt. Dies habe vielleicht seinen Grund theils in dem erleichterten, also häufigeren Gebrauch der Stipulation, theils darin, daß die Novation eine ausdrückliche Erklärung des andern Kontrahenten, der dadurch seine Rechte aus der älteren Forderung verliere, also die Form eines zweiseitigen Vertrages erfordere.

c) die Ausstellung einer Urkunde endlich bloß zur Anerkenntniß einer Schuld, verbunden mit dem Versprechen der Erfüllung, bilde ein constitutum. Wenn dies aber auch in einer Verschreibung oder in einem Briefe vorgenommen werde, begründe es eben so wenig wie der schriftliche Abschluß eines Kaufvertrages eine eigentliche litt. obligatio. Die Skriptur bilde hier nicht wesentliche Form des Rechtsgeschäfts, sondern komme nur als Mittel zur Erklärung der Meinung des Konstituenten in Betracht.

Digitized by Google

Im Falle einer Angabe der **causa antecedens** im Schuldscheine zeige sich also im neuesten römischen Recht die **litterarum obligatio** niemals, wohl aber wenn die Angabe der **causa** fehle (**cautio indiscreta**); nur müsse der Gläubiger in diesem Falle den Beweis übernehmen, daß eine wirkliche Schuld zu Grunde liege. Dies erhalte seinen guten Sinn unter Voraussetzung einer **litt. obligatio**; während die bisherige Ansicht über **cautio indiscreta** unvereinbar sei mit den Grundsätzen der Novation, des **constitutum** und der Klagbarkeit der **nuda pacta** im heutigen Recht. Man müsse also unterscheiden: als Beweismittel genüge eine **cautio indiscreta** allerdings nicht; sei sie aber in der Absicht zu noviren oder zu konstituiren ausgestellt, so bewirke sie eine als Klagefundament genügende Obligation, die erst durch eine **exc. indebiti** angefochten werden müsse. Dabei treffe jedoch aus Billigkeitsgründen den Kläger der Beweis des **debitum**; da das **indebitum** zu beweisen dem Beklagten in diesem Fall unmöglich sein würde.

So die Ausführung Cropps. Sie ist in einer Achtung gebietenden Weise so durchgeführt, daß sie einer ernsthaften Prüfung bedarf, die ihr bisher noch nicht zu Theil geworden ist. Die Ansicht Endemanns weicht davon in zwei Punkten ab:

1. darin daß Endemann diese **litt. obl.** auf den Fall des Darlehns beschränkt, also nur aus den **cautiones rei creditae** eine solche entstehen läßt; während Cropp auch im Falle einer **causa antecedens** einen Litteralkontrakt annimmt, wenn eine **cautio indiscreta** in der Absicht zu noviren oder zu konstituiren angestellt sei.

2. nimmt Endemann eine geringere Wirkung dieser

litt. obl. an; ihr Unterschied von anderen formellen Verträgen liege darin, daß sie immer eine in einer *numeratio* bestehende *causa* als Grundlage haben müsse, welche niemals fingirt werde. Fehle diese causa, so sei der Schein ein *instrumentum vacuum* und bewirke weder eine Obligation noch die Nothwendigkeit einer *condictio*. In allen anderen Fällen außer dem Darlehn diene das chirographum überhaupt nur zum Beweise.

## §. 2.

## Namen der römischen Schuldscheine.

Mit der Entwickelung eines immer lebendigeren Privatgeschäftsverkehrs vermehrte sich namentlich in der Kaiserzeit das Bedürfniß eines formloseren, mehr auf Sicherung des Beweises berechneten modus contrahendi. Erst in der Kaiserzeit erscheinen technische Namen für einseitige schriftliche Bekenntnisse des Schuldners über eingegangene obligatorische Verpflichtungen. Die in unseren Rechtsquellen vorkommenden Bezeichnungen sind: *cautio, chirographum, epistola, litterae*. Bevor es möglich ist, auf genügende Weise die rechtliche Bedeutung der einen oder anderen Art zu bestimmen, bedarf es einer Erörterung des Sprachgebrauchs, die bis jetzt fehlt.

### *I. Cautio.*

erscheint als technische Bezeichnung eines Schuldscheins unter römischen Bürgern schon bei Seneka de benef. III. 7.: prolatis cautionibus controversiam tollere, und in den oben zusammengestellten Pandektenfragmenten von Afrikanus, M. Scävola, Gajus, Kallistratus, Papinian, Ulpian, Paulus. Selten werden besondere Arten solcher

Schuldscheine hervorgehoben: einmal eine *cautio depositionis* fr. 18. §. 1. ut legator; einmal ein Schuldschein über Darlehn, cautio *creditae pecuniae* fr. 29. de O. et A.; — die c. creditae pecuniae in fr. 40. de minor. ist eine Stipulationsurkunde; in Konstitutionen von Justinian einigemal *cautiones foeneraticiae*. c. 11. de pact. conv. c. 25. de admin. c. 14. de contr. stip. c. 15. de n. n. p. und in Novellen; wobei indessen, der verabredeten Zinsen wegen, wohl regelmäßig an Stipulationsurkunden zu denken ist.

Daß cautio irgend eine bestimmte Art von Schuldscheinen bezeichne, ist nirgends ersichtlich. Es dient als generelle Bezeichnung der Schuldscheine überhaupt: „cautiones debitorum", „c. hereditariae", „cautiones surripere, intercipere, reddere, exhibere, legare, pignori dare". Oft erscheint es als synonym mit dem eben so generellen chirographum, z. B. fr. 27. §. 1. de furt.:

> Qui tabulas vel *cautiones* amovet, — nihil videtur perdere, si futurum est, ut alio *chirographo* salvo securior sit debitor.

c. 1. Th. C. si cert. pet.: de *chirographis* mortuorum hanc servari volumus sententiam, ut qui intra quinquennium non publicaverit *cautiones* — und so werden im ganzen Titel chirographa und cautiones abwechselnd gebraucht. Schon oben bemerkt sind die Zusammensetzungen: chirographum cavere, scriptura, chirographo, instrumento cavere; die dem Zusammenhange nach freilich auch auf Stipulationsurkunden gehen können.

Eben so wenig findet sich irgend eine Vorschrift über die Fassung der cautiones. Diese erscheint als gleichgültig. Namentlich kommt auch eine Briefform vor; weshalb denn

auch cautio und epistola oft abwechselnd gebraucht werden, z. B. fr. 24. de const. pec.

Titius Sejo *epistolam* emisit in haec verba: — quaeritur an Titius *ex hac cautione* reus successerit.

Ähnlich „epistola cavere" fr. 20. de instit.: Verba epistolae, quibus cautum est." fr. 47. §. 1. de pact.: Epistola, qua quis coheredem sibi aliquem esse cavit. fr. 52. eod.

## *II. Chirographum*

bezeichnet ursprünglich die Handschrift eines Menschen (manus, χείρ, χειρόγραφον in der griechischen Bedeutung). Bei Cicero ist diese ursprüngliche auch noch die gewöhnliche Bedeutung. Phil. II. c. 4. §. 8. Sed quid opponas, si negem me unquam istas litteras ad te misisse? Quo me teste convincas? an *chirographo?*... sunt librarii manu. — Ep. ad Attic. II. 20. Neque *chirographo* neque signo meo utar[1]). Noch in unsern Rechtsquellen kommt diese Bedeutung zuweilen vor[2]). Aus dieser Bedeutung entwickelte sich leicht die des „eigenhändig Geschriebenen" (das eigenhändige Schreiben), welche schon einigemal bei Cicero vorkommt. Ad div. 12. 1. klagt Cicero, daß nach Ermordung des Cäsar doch noch alles nach sei-

---

1) Ad div. VII. 18. cautio *chirographi* mei. Ad div. X. 21. Laterensis suo *chirographo* mittit mihi litteras. de nat. d. III. 30. Suet. Aug. 64. imitari *chirographum* alicujus. — 2) fr. 30. qui test. fac. testes proprio *chirographo* adnotare convenit, quis et cujus testamentum signaverit. fr. 23. ad L. Corn. de fals. alienum chirographum imitari. Hierher gehören auch die Zusammensetzungen tabulae vel instrumenta chirographi mei. fr. 84. §. 7. de legat. I. fr. 26. §. 1. de pign.

nem Willen gebe: Cujus (Caesaris) aera refigere debebamus, ejus etiam *chirographa* defendimus? — ad div. X. 21. Credidi *chirographis* ejus; affirmationi praesentis Laterensis (bono me Lepido usurum)[3].

Die technische Bezeichnung von chir. für Schuldschein kennt Cicero noch nicht; ja sie findet sich noch bei den römischen Schriftstellern der ersten Kaiserzeit selten[4]). Desto häufiger in unseren Pandektenfragmenten. Sehr verbreitet, aber irrig ist die Idee, daß chirographum hier technisch irgend eine bestimmte Art von Schuldscheinen bezeichne, namentlich solche über ein Darlehn. Wenn die römischen Juristen von Schuldscheinen im Allgemeinen sprechen wollen, wird gerade chirographum häufiger gebraucht als irgend ein anderer Ausdruck. Z. B. Julianus fr. 18. §. 2. de mort. c. donat.:

Titia *chirographa debitorum suorum*, donatura illis, Ageriae dedit, et rogavit eam, ut ea, si decessisset, illis daret. Morte secuta Ageria chirographa suprascriptis (debitoribus) dedit; quaeritur si

3) Phil. I. 7. An in commentariolis et *chirographis* et libellis ...acta Caesaris firma erunt... Brutus c. 80. sibi eum venenum dedisse, idque a se esse deprehensum, seseque *chirographa*, testificationes, indicia, quaestiones, manifestam rem deferre. — ad div. II. 13. extrema pagella (epistolae) pupugit me tuo *chirographo*. Quint. VI. 3. Interrogati, an in tabulis *chirographus* esset, et verus, inquit, domine. Suet. Tib. 6. Cum etiam *chirographum* ejus praeparatae apud milites concionis deprehendisset. vgl. Quintil. IX. 2, 73. V. 13, 8. — 4) Die älteste Stelle ist Iuven. XIII. 135. Vana supervacui dicunt *chirographa* ligni. Sueton. Caesar c. 17. *chirographum* dare. Calig. c. 12. cavere jurejurando et chirographo (von einem Ehrenversprechen). Gellius XIV. 2: probari debere pecuniam datam consuetis modis, expensilatione, mensae rationibus, *chirographi* exhibitione, tabularum obsignatione, testium intercessione.

heres summam, quae debebatur, ex *chirographis* petat, vel ipsa *chirographa*, an exceptione excludi possit.

M. Scaevola fr. 57. de adm. tut. *Chirographis debitorum exustis*, ex inventario tutores eos convenire possunt ad solvendam pecuniam.

fr. 11. §. 1. de servo corr. *Chirographa* debitorum corrumpere.

fr. 45. §. 4. de jure fisci. Instrumenta vel *chirographa*. c. 9. ad exhib. Chirographa, ex quibus jam nihil peti potest, *exhiberi* ac *reddi* jubebit.

c. 17. si cert. pet. *chirographum* a debitore vel creditore percipere. — chirographaria instrumenta.

c. 22. de solut. *chirographum* cancellatum.

c. 26. de pact. werden als Gegenstand der Theilung der Erbschaft erwähnt die „chirographa communia[5])".

---

5) fr. 41. ad L. Aqu. (9. 2.) *Chirographo* deleto, competere L. Aqu. actionem, — heredibus et legatariis vero testamenta paene *chirographa* sunt. fr. 27. de furt. Si alio *chirographo* securior sit creditor (quum possit debitum aliunde probare). fr. 6. de bon. damn. (49. 20.) si *chirographum* magnae pecuniae in sino habuerit. fr. 18. ad exhib. (10. 4.) Solutione *chirographo* inani facto. fr. 5. §. 8. commod. (13. 6.) si tibi codicem commodavero, et in eo *chirographum* debitorem tuum cavere feceris. fr. 89. de solut. (46. 3.) Ex pluribus causis et *chirographis* debitor ito cavit. fr. 89. §. 1. eod. *Chirographa*, quibus CCCC. ei a Sejo debebantur. fr. 9. §. 2. de jure dot. Mulier res, quas solet in usu habere in domo mariti neque in dotem dedit, in libellum solet conferre eumque libellum marito offerre, ut is subscribat quasi res acceperit, et velut *chirographum* ejus uxor retinet, res quae libello continentur in domum ejus se intulisse. c. 20. de fide instr. (4. 16.) *chirographa* et alia instrumenta quae non sunt publice confecta. c. 5. de n. n. p. (4. 30.) Debitum in chir. *redigitur*. c. 3. de litigios. (8. 37.) ambiguum *chirographum* fisco legare.

Wo überhaupt die Rede ist von einem donare, legare, emere, vendere chirographum, ist damit generell ein Schuldschein gemeint[6]).

In der Regel wird also in unseren Quellen von den chirographa im Allgemeinen gehandelt. Die Erwähnung einzelner Arten über gewisse Geschäfte ist selten. So kommt vor ein chirographum über einen Pfandvertrag. fr. 30. §. 1. de exc. rei jud., ferner einige Male über Darlehne. fr. 26. §. 1. de pign.:

— quia mutuam quantitatem acciperet a creditore, *chirographum* perscriberet manu sua filius ejus.

fr. 28. §. 13. de liber. legata: L. quae mutua acceperam *chirographo*.

fr. 41. §. 2. de usur. Ab A. Agerio C. Sejus mutuam accepit quantitatem hoc *chirographo*.

Nov. Val. II. 14. c. 1. §. 1. *Chirographa creditae pecuniae*. c. 14. de solut. *Chirographum* acceptae mutuae pecuniae.

Weit entfernt indessen irgend wie technisch einen Darlehnsschuldschein zu bezeichnen, ist nicht einmal die Bedeutung von Schuldschein eine ausschließliche. Wie cautio wird nämlich chirographum öfter auch von Quittungen gebraucht. So fr. 52. act. emti.:

*Chirographa* tributorum retro solutorum. vgl. c. 4. de collat. fund. patrim.)

---

c. 25. de usur. (4. 32.) pro auro et argento et veste facto *chirographo*, licitas solvi vel promitti usuras jussimus. c. 25. de solut. (8. 43.) (solutione probata) chirographum condicere potest. Donatus ad Terent. Phorm. Hodie additur *chirographis*, ex domo, ex arca sua, vel ex mensae scriptura. — 6) fr. 44. de legat. I. fr. 3. §. 1. de liberat. leg. (33. 4.) fr. 59. D. (32.)

Beide Bedeutungen neben einander erscheinen in der justinianischen c. 17. si cert. pet.:

Super chirographariis instrumentis haec sancienda duximus, ut si quis pecunias credere supra L. libras auri voluerit, vel super *reddito debito* securitatem accipere, quum amplius sit memorata quantitate, sciat non aliter debere *chirographum a debitore* vel *creditore* percipere, quam si testimonium — *chirographum* accipit.

Eben dieser generellen Bedeutung wegen erscheint chirographum auch als synonym mit andern unbestimmten Ausdrücken; so, wie öfter bemerkt, mit cautio; ferner mit epistola. fr. 47. §. 1. de pact.

Lucius Titius Gajum Sejum mensularium debitorem sibi constituit, et ab eo *epistolam* accepit. — Quaesitum est, cum Lucius Titius ante hoc *chirographum* Sejo nummulario mandaverat etc.

Endlich ist auch die öfter aufgestellte Ansicht irrig, daß chirographum einen formlosen Schuldschein im Gegensatz der Stipulationsurkunden bezeichne. Ein Gegensatz gegen die Stipulationsurkunden kommt in unsern Quellen nie vor; der allgemeine Ausdruck umfaßt vielmehr diese mit. So wird z. B. eine Stipulationsurkunde aus dem zweiten Jahrhundert (bei Spangenberg S. 154.) chirographum genannt. Eine solche ist auch wohl gemeint fr. 3. §. 3. de jure fisci:

(heres) *chirographo cavit*, se quod ad eum ex bonis defuncti pervenisset, restituturum.

fr. 10. de his, quae ut indign.: In fraudem juris fidem accommodat, qui vel id quod relinquitur, vel aliud tacite *promittit restituturum* se personae,

quae legibus ex testmnento capere prohibetur, sive *chirographum* eo nomine dederit, sive nuda pollicitatione repromiserit.

Öfter übersetzen daher auch die Basiliken die schriftliche stipulatio durch χειρόγραφον, χειρογραφεῖν.

Die Bedeutung von chirographum ist also eben so umfassend und unbestimmt, wie die schriftliche cautio. Es bezeichnet einen einfachen Schuldschein, eine Stipulationsurkunde, eine Quittung. Wie häufig der Gebrauch derselben später gewesen ist, ergiebt unter Anderem auch der bekannte römische Sprachgebrauch, welcher alle Gläubiger ohne besondere Vorrechte chirographarii creditores nennt, im Gegensatz der privilegirten Gläubiger.

### III. *Epistola*

ist ein Schuldschein in der bei den Römern der Kaiserzeit sehr beliebten Form eines Briefes, also mit dem üblichen Eingange „Ille Illi Salutem", und häufig mit der Schlußformel „id epistola hac (manu mea scripta) notum tibi facio". Wie ein Rechtsgeschäft, welches keiner besondern Form bedarf, mündlich erklärt werden kann, so ist es auch zulässig, die Schrift als Ausdruck der Willenserklärung zu wählen. Es gilt als Bezeichnung eines Konsensualvertrages: quod inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per *epistolam* vel per nuntium. (Gaj. fr. 2. de O. et A.) Paulus gebraucht ebenso: per *litteras* aut per nuntium (fr. 1. §. 2. de contr. emt.) So kommen öfter epistolae vor, durch welche ein Mandat ertheilt wird, namentlich ein mandatum qualificatum[7]);

---

7) fr. 60. §. 4. mand. (17. 1.) fr. 62. eod. fr. 59. eod.

— epistolae über eine Pfandbestellung[8]) — sehr häufig epistolae donationis[9]) — salarium constituere epistola[10]); — ein Anerkenntniß in einer epistola fr. 52. pr. de pact.: ***Epistola***, qua quis coheredem sibi aliquem esse ***cavit.***

Insbesondere dienen aber die epistolae auch als Bekenntnisse über eine eingegangene Verpflichtung. So beim Kauf. fr. 34. de pign. act.: Epistolam qua se vendidisse fundum creditori significavit; — beim Darlehn fr. 24. de const. pec.: Remanserunt apud me L. ex credito tuo, quos tibi reddere debebo Id. Majis probos; — eine epistola über eine Geldsumme, die jemand aus einem Mandat erhalten hat und durch constitutum possessorium als Darlehn behalten will, Afrikanus fr. 34. mand.:

> Qui negotia Lucii Titii procurabat, is cum a debitoribus ejus pecuniam exegisset, *epistolam* ad eum emisit, qua significaret, certam summam ex administratione apud se esse, eamque creditam sibi se debiturum cum usuris semissibus.

Ferner kommen einige Male epistolae vor, in welchen Jemand mit Bezugnahme auf eine stattgefundene Berechnung, einen gezogenen Saldo anerkennt und zu zahlen verspricht[11]); — epistolae, in welchen jemand den Empfang von deponirten Sachen oder Geldern bekennt[12]). — Sobald das Versprechen der

---

8) fr. 34. §. 1. de pign. act. (13. 7.) — 9) fr. Vat. §. 263. 281. fr. 77. de R. V. (6. 1.) fr. 75. fr. 77. §. 26. de Legat. II. (31.) fr. 27. 32. 35. pr. de donat. (39. 5.) c. 5. 13. eod. (8. 54.) — 10) fr. 61. §. 1. de O. et A. (44. 7.) — 11) fr. 20. de institor. (14. 3.) fr. 47. §. 1. de pact. (2. 14.) — 12) fr. 24. 26. 28. depos. (16. 3.)

Zahlung in der epistola an eine bestimmte Person gerichtet ist, so liegt darin ein klagbares constitutum pecuniae[13].

So erscheint denn die epistola in ebenso unbestimmter Weise, wie chirographum und cautio. Die Briefform ist für den rechtlichen Charakter der Skriptur indifferent. Wenn auch die epistola schon ihrer Etymologie nach hauptsächlich zum Verkehr unter Abwesenden bestimmt ist, so ist selbst diese Eigenschaft nicht wesentlich: es kommen auch epistolae inter praesentes vor. Sie können daher auch die Stipulationsklausel enthalten, und bilden also keinen nothwendigen Gegensatz gegen die Stipulationsurkunden. Ausdrückliche Erwähnung einer solchen epistola geschieht in c. 1. de contr. stip.:

> Licet *epistolae*, quam libello inseruisti, additum non sit, stipulatum esse eum, cui cavebatur, tamen si res inter praesentes gesta est, credendum est, praecedentem stipulationem vocem spondentis secutam.

Ein anderes Beispiel enthält fr. 57. de donat. int. V. Auch bei der epistola donationis ist öfters an einen Brief unter Gegenwärtigen zu denken.

Zu bemerken ist endlich noch, daß zuweilen in unsern Quellen auch litterae zur Bezeichnung eines Schuldscheins in Briefform vorkommen[14].

### *IV.* Allgemeine Bezeichnungen:

1. *Instrumenta*, der umfassendste juristische Ausdruck für alle Arten schriftlicher Urkunden, begreift natürlich auch

---

13) fr. 26. 31. de const. pec. (13. 6.) — 14) fr. 62. mand. (17. 1.) fr. 57. de donat. int. V. (24. 1.)

die Schuldscheine. Vor Quintilian[15]) möchte auch dieser Sprachgebrauch nicht vorkommen. Nähere Bezeichnungen sind: instrumenta debitorum[16]), — instrumenta ad contractum pertinentia[17]), instrumentum venditionis[18]), emtionis[19]), divisionis[20]), donationis[21]), instr. dotis, dotalia[22]) u. s. w. Daß auch Stipulationsurkunden damit gemeint sind, ist schon oben erwähnt, und ergiebt sich unter andern aus fr. 43. de admin. tut.: quum *instrumento* ita scriptum sit: ille patruus et curator stipulanti spopondit.

2. *Documenta* (promissae solutionis) kommen vor Th. C. II. 27. c. 1. §. 2. gleichbedeutend mit cautiones. Diese Bezeichnung ist noch jüngeren Ursprungs als instrumentum.

3. Das Wort *tabulae* bezeichnet eigentlich den Stoff, auf welchen die Urkunde geschrieben wird. Daher die Wendungen: Tabulae quae publici vel privati contractus scripturam continent. Paul. V. 25, 6; — Tabulae obligationis. c. 6. de fidejuss; — Tabulae contractus. c. 4. si quis alteri; — Tabulae emtionis. Ambrosius Luc. II. 2; — Tabulae chirographi mei. fr. 80. §. 7. de legat. II.; — Tabulae, quibus de pignoribus convenit. fr. 34. §. 1. de pignor.

---

15) Der Keim zur späteren technischen Bedeutung von instr. liegt in dem „instrumentum litis" bei Quintilian XII. 8, 12. vgl. III. 5, 17. V. 6, 2. V. 10, 23. VII. 2. 25. Das instrumentum causarum bei Cicero de orat. II. 34. ist etwas anderes. — 16) fr. 92. §. 1. de legat. III. fr. 35. §. 2. de donat. — 17) c. 9. ad exhib. — 18) c. 2. de reb. alien. non al. — 19) fr. 58. de donat. int. V. c. 4. si quis alt. c. 1. de donat. — 20) fr. 49. solut. matr. fr. 20. quando ex fact. fr. 35. de pact. — 21) c. 23. de donat. vgl. fr. 77. §. 26. de legat. II. instr. kalendarii fr. 41. §. 6. fr. 64. de legat. II. fr. 27. §, 3. de instruct. (33. 7.) — 22) Oben S. 36. und 42. not.

Daß es auch eine Stipulationsurkunde bezeichnet, ergeben fr. 104. §. 1. de legat. I.: tabulae, quibus pecuniam expromiseram; — fr. 11. §. 2. de duob. reis: Quum tabulis esset comprehensum illum aut illum C. aureos stipulatos; — fr. 5 de susp. tut.: tabulae rem salvam fore cautionis.

Von allen Bezeichnungen ist diese die älteste. Ehe die Ausdrücke cautio, chirographa, epistolae, instrumenta technisch wurden, werden die schriftlichen Urkunden über Rechtsgeschäfte durch tabulae bezeichnet[23]). Der Zusammenhang muß in solchen Stellen entscheiden, ob einzelne Urkunden oder ob die Hausbücher (codices accepti et expensi) gemeint sind. Den frühen Gebrauch solcher einzelnen tabellae bezeugt auch Festus[24]):

*Tabellis* pro chartis utebantur antiqui, quibus ultro citro, sive privatim sive publice opus erat, certiores absentes faciebant, unde adhuc tabellarii dicuntur.

In dem Sprachgebrauch der Juristen bezeichnen tabulae (seitdem für andere Urkunden andere Namen üblicher geworden waren) am häufigsten größere, in der Regel aus mehreren Blättern bestehende Urkunden, namentlich die tabulae testamenti und tabulae dotis. Doch kommen auch noch tabulae cautionis, contractus, obligationis, venditionis, emtionis[25]) u. a. vor.

4. *Obligatio* erscheint zuweilen für tabulae obliga-

---

23) Plautus Truc. I. 1, 53. Curc. II. 3, 86. Tab. dotis. — Quadringentorum reddis tabellas. Mart. IX., 102. Juvenal. II. 119. VI. 199. legitimae tabellae. Cicero pro Quint. c. 21. pro Flacco c. 9. — 24) Festus p. 359. (Müller). — 25) fr. 3. §. 5. de susp. tut. c. 4. si quis alteri. c. 6. de fidej. c. 2. si mancip. ita v. Th. C. II. 17. c. 1. vgl. Paul. V. 25, 6.

tionis, c. 7. de n. n. p. ***Obligationem*** per condictionem repetere. c. un. Th. C. II. 27: si nihil sibi numeratum pro hac ***obligatione*** caussetur, tunc chirographi discuti oportebit aetas. Möglich ist hier indessen auch eine andere Deutung. — Unrichtig ist die Ansicht, daß ***contractus*** jemals diese Bedeutung habe. Man beruft sich auf c. 14. de n. n. p. In ***contractibus***, in quibus pecuniae vel aliae res datae vel numeratae esse dicuntur. — Allein der wahre Gegensatz ist hier, wie oben gezeigt worden, der von Zahlungen, quibus ***contrahitur*** obligatio und quibus ***solvitur***. Contractus sind also Verträge, wie auch die Basiliken *συναλλάγματα* dafür setzen. Ganz derselbe Gedankengang erscheint c. 16. de fide instrument. Et hoc quidem si ex contractu suo (*συναλλάγματος*) conveniatur u. s. w.

Im Sprachgebrauch des Theophilus, der Scholiasten und Basiliken erscheinen statt cautio, epistola, chirographum abwechselnd und ohne erkennbaren Unterschied: *γραμματεῖον*, *συμβόλαιον*, *ἰδιόχειρον*, verhältnißmäßig selten *χειρόγραφον*. *Πυκτή* und *χάρτη* ist das Material der Urkunde. Diese Ausdrücke werden auch gebraucht von Stipulationsurkunden. Vorzugsweise bezeichnet jedoch *ἐπερώτησις* und *ὁμολογία*, *ὁμολογεῖν*, eine Stipulation und Stipulationsurkunde im Gegensatz der *ψιλὴ συμφωνία*, namentlich in den Titeln de verborum obl. und de pactis.

## §. 3.

## Form der Schuldscheine.

Hier kommt zunächst in Betracht:

I. Der Stoff der Urkunde. Der Gebrauch hölzerner (meistens mit Wachs überzogener) Tafeln und Tä-

feldchen, tabulae, tabellae, tabulae ceratae[1]), ist uralt. Später tritt der Gebrauch des Nilpaplers, dann auch des Pergaments hervor[2]). Wir können jedoch vom juristischen Standpunkt aus eine genauere Untersuchung[3]) mit der Betrachtung Ulpians ablehnen, fr. 1. de B. P. s. t.:

> Tabulas testamenti accipere debemus omnem materiae figuram. Sive igitur tabulae sint ligneae, sive cujuscunque alterius materiae, sive chartae, sive membranae, vel si corio alicujus animalis, tabulae recte dicentur.

Noch bestimmter §. 12. J. de test.: nihil interest etc.

Da sonst nichts Abweichendes vorkommt, so muß das von Testamenten Gesagte allgemein gelten. Daß selbst eine charta opisthographa und deleticia keinen Anstoß gab, zeigt fr. 4. de B. P. s. t.

II. Juristisch wichtiger ist die *obsignatio*. Die Urkunde wird durch einen umgelegten Faden verschlossen, und auf diesen ein **Verschlußsiegel** in Wachs gesetzt. **Plautus** Bacchid. IV. 4. 96.: Cedo tu ceram et linum actutum, age obliga, obsigna cito; — eod. IV. 4. 64.: effer cito... stilum, *ceram*, et tabellas, et linum. — Auch der Gebrauch der Siegelringe zum Verschluß von Briefen wird früh erwähnt, z. B. **Plaut.** Curc. II. 3. v. 67. 68.: annulo meo tabulas *obsignatas*. Pseud. IV. 7. 105.: heri imagine *obsignatam* epistolam. **Dionys.**

1) Plaut. Bacch. IV. 8. extr. Asinar. IV. 1, 18. Kontrakte auf tabellis. Juv. Sat. XIII. 153. XIV. 40. 41. — 2) Isidor. etymolog. V. c. 24. — 3) vgl. z. B. W. A. Becker Gallus I. 165 ff., Charikles II. 218—222. Spangenberg Lehre v. Urkundenbeweise I. 63—65.

Hal. V. 8. erzählt, daß schon der Verrath der Söhne des Brutus entdeckt sei: ταῖς σφραγῖσιν ἑκατέρων, καὶ μετὰ τὸ λῦσαι τὰ σημεῖα τοῖς χειρογράφοις. Alle bei Plautus und überhaupt die meisten in älteren Stellen vorkommenden tabulae obsignatae, tabulae obsignatae consignatae sind jedoch gewöhnliche Briefe, Liebesbriefe u. s. w. [4]) Ziemlich früh erscheinen aber, mit Zuziehung von Zeugen, tabulae obsignatae auch zu juristischen Zwecken in folgenden Anwendungen:

a) die obsignatio der Testamente wird angedeutet in der L. Cornelia de fals. und öfter bei Cicero [5]). Daß damit Verschlußsiegel, keine Untersiegelungen in unserm Sinne gemeint sind, darf (nach dem berüchtigten Streit zwischen Heraldus und Salmasius) jetzt als ausgemacht gelten. Selbst die Bezeichnungen consignare, signare sind dem Zusammenhange nach nur so zu verstehen [6]). Wesentlich bei der obsignatio ist die Beischrift des Zeugen, adscriptio, annotatio, neben dem Siegel, so daß die eine ohne die andere unwirksam ist. Ulp. fr. 22. qui test. f. p.

b) Versiegelung von Beweisstücken, welche im Prozeß gebraucht werden sollen, erwähnt häufig schon Cicero [7]). Diese Sitte erinnert lebhaft an das im griechischen Recht vorkommende Einlegen der versiegelten Be-

---

4) Plaut. Pers. IV. 1, 12. Trinumm. III. 3, 45. Curc. II. 3, 68. 86. 90. Bacch. IV. 8. ext. IV. 9, 11. Cic. Catil. III. 4. ad Attic. V. 19. pro Cluentio 66. Corn. Nepos XVI. 3, 2. VI. 4, 2. Ovid. Amor. II. 15, 15. Tibull. IV. 7, 7. — 5) pro Cluent. c. 13. ad Att. XII. 18. — 6) fr. 1. §. 10. de B. P. s. t. (37. 11.) Gaj. II. 181. Nov. Theod. II. de testam. l. 16, 1. vgl. v. Savigny Abh. der Akad. 1814—15. S. 67—84. ad Att. II. 12. §. 1. Verr. II. 1. c. 57. (codicem obs.) II. 5. c. 39. II. 4. c. 63. II. 2. c. 74. Quint. V. 7, 1. u. 2.

weisstücke in den ἐχῖνος[8]). Cicero bemerkt dazu pro Flacco c. 9.:

Triduo lex ad Praetorem deferri, judicum *signis obsignari* jubet. Ne corrumpi tabulae facile possint, idcirco lex *obsignatas* in publico poni voluit.

An einer anderen Stelle (c. 16. eod.) streitet er sogar deshalb mit dem Gegner, daß ein als Beweisstück vorgelegtes versiegeltes Zeugniß mit Wachs statt mit creta Asiatica versiegelt sei. Auch gehört hieher pro Quint. c. 6.:

Testificatur iste: P. Quintium non stitisse et se stitisse: tabulae maximae *signis* hominum nobilium *consignantur*. Disceditur. Postulat — ut ex edicto bona possidere liceat.

Ferner Tusc. V. 11. §. 33.:

Tu quidem tabellis *obsignatis* agis mecum, et testificaris, quid dixerim aliquando aut scripserim.

Die Schriften Cicero's werden hier als versiegelte Beweisstücke gedacht, aus welchen ihm frühere Meinungen nachgewiesen werden sollen. Aus Unkenntniß griechischer und römischer Sitte haben die neueren Juristen eine oder ein Paar solcher Stellen, in welchen tabulae obsignatae vorkommen, herausgegriffen, mit der griechischen syngrapha in Zusammenhang gebracht und daraus kurzweg einen Litteralkontrakt gemacht!

c) Ziemlich alt sind *obsignatae tabulae dotales* unter Zuziehung von auspices und Zeugen; ähnlich wie nach griechischer Sitte παράνυμφοι zugezogen wurden. Juv. X. 334.: Veniet cum signatoribus auspex. II. 119.

---

8) z. B. Demosth. 1143, 25. 1265, 14. (Reiske). Hudtwalcker die Diäteten S. 129.

Signatae tabulae! — dictum feliciter. Quint. V. 11. 32.: Signare tabulas matrimonii. Suet. Claudius c. 38.: Dote inter auspices consignata. Noch Scävola erwähnt solche tabulae consignatae dotis [9]).

d) Bei schriftlichen Kontrakten jeder Art läßt sich der Gebrauch der obsignatio mindestens bis auf Cicero zurückführen. Seit es üblich wurde, sich der Briefform zu Rechtsgeschäften zu bedienen, war damit die obsignatio von selbst gegeben. Allein auch abgesehen hievon muß diese Sitte schon sehr verbreitet gewesen sein, als Nero durch ein SCtum (Suet. Nero c. 17.) sie zum Gesetz erhob, dessen Inhalt Paulus rec. sent. V. 25. §. 6. so mittheilt:

> Amplissimus Ordo decrevit, eas *tabulas*, *quae publici vel privati contractus scripturam continent*, *adhibitis testibus ita signari*, ut in summa marginis, ad mediam partem perforatae, triplici lino constringantur, atque impositum supra linum *cerae signa* imprimantur; ut *exteriores scripturae* fidem interiori serveut. Aliter tabulae prolatae nihil momenti habeut.

Mag man gegen die Allgemeinheit dieser Bestimmung Zweifel erregen, jedenfalls zeigt sie, daß nach römischer (wie nach griechischer) Sitte die äußere Behandlung der Kontraktsurkunden und Testamente ziemlich gleichartig war, daß also im Zweifel ein Schluß von der einen auf die andere zulässig ist. Es ergiebt sich daraus als alte Sitte, daß auch bei Kontraktsurkunden Zeugen zugezogen wurden und daß

9) fr. 17. de dote praeleg. (33. 4.) fr. pen. de donat. int. V. (24. 1.) Die Obsignation der Soldatenabschiede s. bei Haubold opusc. II. 823. 824. und überhaupt 758 — 832.



diese ihre Namen auf die Urkunde setzten (ut exteriores scripturae interiori fidem servarent). Diese Sitte stimmt mit der griechischen überein, mit der Abweichung, daß dort die versiegelte Urkunde bei einem Dritten niedergelegt wurde. Das Ansehen des obsignirenden Zeugen war natürlich von bedeutendem Einfluß auf die Glaubhaftigkeit der Urkunde. Namentlich ließen sich angesehene Rechtsverständige als obsignatores gebrauchen. Cic. de Orat. I. c. 38.:

> Tu mihi quum in circulo decipiare adversarii *stipulatiuncula*, et quum *obsignes tabulas* clientis tui, quibus in tabellis id sit scriptum, quo ille capiatur, ego tibi ullam causam majorem committendam putem?

Einen versiegelten schriftlichen Vergleich erwähnt Cic. pro Flacco c. 36.:

> At iste Andro spoliatus bonis, ut dicitis, ad dicendum testimonium non venit. Quid si veniat? Decisionis arbiter Caecilius fuit: *obsignator* C. Sextilius. — Si vis erat, si fraus, si metus, si circumscriptio: quis *pactionem* fieri, quis *adesse istos* coegit?

Eine cautio judicio sisti wird schriftlich konzipirt und von Zeugen versiegelt pro Quint. c. 21.: ejus rei conditionisque tabellas *obsignaverunt* viri boni complures. — Sehr allgemein gefaßt ist auch die Notiz bei Sallust über Catilina (c. 16.): signatores falsi commodare. — Von späteren Zeugnissen hebe ich hier hervor:

Seneca de benef. III. c. 15: *Impressis signis* pacta conventaque *custodiuntur*. (vgl. II. 23.)

Quint. XII. 8. promittit litigator omnia, testem populum, paratissimas *consignationes*.

Gell. XIV. 2. pecuniam datam *consuetis modis* probari debere: chirographi exhibitione, tabularum *obsignatione*, testium intercessione.

Daß die signatio tabularum noch zur Zeit der klassischen Juristen ein wichtiges Beweismoment war, ergiebt Paul. fr. 32. §. 1. de furt.:

Aut puta, me petiisse creditum, et quia *testes et signatores*, qui rem communissent, praesentes non haberem, victum rem amisisse.

Natürlich hing indessen die Klagbarkeit davon nicht ab. Scaevola fr. 34. §. 1. de pign.:

Respondit, quum convenisse de pignoribus videatur, non idcirco obligationem pignoris cessare, quod dies et consules additi, vel *tabulae signatae* non sint.

Einen Maaßstab für das Alter dieser Obsignationen ergeben auch die Strafgesetze wegen falsum. Die lex Cornelia hatte bekanntlich nur Testamentsfälschungen erwähnt. Erst im Anfange der Kaiserzeit stellte sich das Bedürfniß einer Ausdehnung auf diese Fälle heraus. Coll. LL. Mos. VIII. 7.:

factum est SC. Statilio et Tauro Coss., quo poena legis Corneliae inrogatur ei, qui *quid aliud quam* testamentum sciens *signaverit*, *signarive curaverit* [10]).

---

10) Quint. VII. 2. 53.: In falso aut plures in culpam vocantur aut unus. Et scriptor quidem semper tueri *signatorem* necesse habet, *signator* scriptorem non semper: nam et decipi potuit. Is autem qui has *adhibuisse*, et cui id factum dicitur, *et scriptorem et signatores* defendit.

Ihre besondere Bedeutung erhielt die obsignatio des Ausstellers dadurch, daß nach älterer Sitte die Urkunden nicht unterschrieben zu werden pflegten; und da sowohl Briefe als andere Urkunden sehr häufig durch Sklaven geschrieben wurden, so war das Verschlußsiegel gerade das Hauptmerkmal der Authenticität, z. B. Plaut. Trinumm. III. 3, 45.: epistolas consignemus, quasi sint a patre. Mehrere Plautinische Fabeln (Trinummus, Curculio) drehen sich um solche Fälschungen, mittelst bloßer Anwendung eines falschen Siegels. Im Pseudolus wird der Gebrauch eines bestimmten Siegels als Erkennungszeichen verabredet. Seit den Zeiten der klassischen Juristen wird indessen immer mehr Gewicht auf die *subscriptio* der Aussteller und Zeugen gelegt, und seitdem wird die obsignatio selten erwähnt. Noch bei Lucian (Alexand. c. 21. 22.) ist zwar die Fälschung der Obsignationen überhaupt ein praktisches Verfahren. Ferner erwähnt die Versiegelung der Zeugen Caracalla c. 6. de fidej.:

> frustra ex eo, quod *tabulas* obligationis ut *testis assignavit, conveniris*,

wo jedoch assignare zweideutig ist; ferner Gordian die obsignatio des Ausstellers c. 2. de reb. al. non al.:

> licet *sigillo* tuo venditionis *instrumentum* fraude conquisita *signaveris*.

Daß dagegen jedenfalls zur Zeit Leo's die obsignatio nicht Bedingung der Glaubhaftigkeit war, ergiebt folgende Konstitution a. d. J. 469 c. 11. qui potior.:

> Scripturae, quae saepe assolent a quibusdam secrete fieri, *intervenientibus amicis necne, transigendi* vel *paciscendi*, seu *foenerandi* vel *societatis coeundae* gratia, seu *de aliis quibuscunque causis*

vel *contractibus* conficiuntur, quae ἰδιόχειρα graece appellantur: sive tota series earum manu contrahentium vel notarii vel alterius cujuslibet scripta fuerit, ipsorum tamen habeant *subscriptiones*, sive *testibus adhibitis, sive non;* sive conditionales sint, quos vulgo tabularios vocant, sive non, quasi publice scriptas, si personalis actio exerceatur, *suum robur habere* decernimus.

Das Erforderniß der Zeugenzuziehung ist also als Regel für überflüssig erklärt, die obsignatio wird ignorirt, und diese Vorschrift so ausgedrückt, daß dadurch nur das schon bestehende anerkannt wird (suum robur habere). Die seltene Erwähnung der obsignationes (außer bei letztwilligen Verordnungen) deutet schon an sich auf die geringere Wichtigkeit, die man ihnen beilegte. Solche willkührlich geschaffene Formen (wie im griechischen Recht) werden sich niemals, weder eine absolute, noch eine dauernde Gültigkeit verschaffen. Es läßt sich bezweifeln, ob der an keine förmliche Beweistheorie gebundene römische Richter eine scriptura contractus ohne diese Formen als Beweismittel jemals ganz verworfen haben mag. Jedenfalls waren diese Vorschriften zu Justinians Zeit längst vergessen. Seine sehr speziellen Vorschriften übergehen die obsignatio mit Stillschweigen. Als noch ziemlich lange fortdauernde Sitte scheint sie sich jedoch für instrumenta publica aus folgender Notiz bei **Suidas** s. v. Ταβελλίων zu ergeben:

Ταβελλίων· ὁ τὰ τῆς πόλεως γράφων συμβόλαια, ὁ παρὰ τοῖς πολλοῖς νομικὸς λεγόμενος· ἅπαντα ἐπιτελῶν τὰ τῶν πολιτῶν γραμματεῖα, ἕκαστον αὐτῶν οἰκείοις ἐπισφραγίζων γράμμασιν.

Wo aber die Siegel vorkommen, in früherer wie in späte-

rer Zeit, handelt es sich nur um Verschlußsiegel. Die Untersiegelung als feierliche Bestärkung einer Unterschrift ist in der römischen Zeit überhaupt nicht nachzuweisen.

III. Die *subscriptio* des Ausstellers und der Zeugen wird in demselben Maaße wichtiger, als der Gebrauch der Obsignationen abnimmt. Irrig ist die Vorstellung neuerer Juristen[11]) daß die subscriptio von jeher wesentliches Erforderniß der Urkunden gewesen sei. Entschieden dagegen spricht das Schweigen des Neronischen SC., die späte Erwähnung des falsum an Subskriptionen, und die späte Einführung der subscr. bei Testamenten. Nach älterer römischer Sitte stand der Name des Ausstellers im Anfange oder im Kontexte der epistola, cautio oder des Testaments; oder das Testament hatte, wie nach griechischer Sitte, eine förmliche Aufschrift, z. B. das „testamentum Dasumii" aus der Zeit Nerva's[12]).

Erwägt man, daß bei den Römern die Kunst des Schreibens während der Republik weniger verbreitet war als unter den Griechen, und daß schon deshalb vieles von Sklaven geschrieben wurde, so erscheint es natürlich, daß man auf die obsignatio ein großes Gewicht legte, und daß man sie ebensowohl, wie die ganze Handschrift, als Zeichen der Authenticität ansah, z. B. Cic. Ep. XI. 2.: signum *aut* manum requirent. Ich erinnere ferner an die obigen Stellen des Plautus. Nur bei Schriften gewisser Art machte die Art der Fassung eine Unterschrift nöthig. So

---

11) Z. B. Spangenberg Urkundenbeweis I. 208. 306. — 12) Puggé im rhein. Archiv Jahrg. I. H. 2. Annali dell' Instituto etc. III. 387. vgl. Suet. c. 17. Auch die Fassung des ziemlich alten scherzhaften Testaments eines porcellus (z. B. bei Brissonius form. 6. VII.) deutet auf keine subscriptio. Andere Testamente aus dem 5. Jahrhundert bei Spangenberg Urkundenbeweis II. 383. ff.

ist gewiß schon alte Sitte[13]) die subscriptio des Anklägers, durch welche er die Verpflichtung und Verantwortlichkeit der Anklage auf sich nimmt. Wir wissen ferner aus Suetonius (Tiber. c. 32.) daß bei Bittschreiben an den Kaiser die Unterschrift nothwendig zum Kurialstil gehörte[14]). Förmliche Subskriptionen unter Verträgen und Testamenten werden jedoch erst seit Ende des zweiten Jahrhundert häufiger erwähnt.[14a]) Scaevola fr. 20. de in rem v.: servus pecuniam creditam dedit, ***subscribente*** tutore, stipulatione in personam tutoris translata.

Paulus fr. 68. de fidej. ***subscriptio*** fidejussionis.

Ulpianus fr. 1. §. 4. quod jussu: sed et si servi chirographo ***subscripserit***, dominus tenetur jussu.

Marcianus fr. 8. §. 15. qu. mod. pign.: si ***subscripserit*** in tabulis emtionis (als Zeichen des Konsenses.)

Insbesondere aber Ulp. fr. 9. §. 2. de jure dot.:

Nam mulier res, quas solet in usu habere in domo mariti, neque in dotem dat, in libellum solet conferre eumque libellum marito offerre, ut is ***subscribat, quasi res acceperit***, et velut ***chirographum*** ejus uxor retinet, res, quae libello continentur, in domum ejus se intulisse.

Namentlich das Unterschreiben der „rationes" des Sklaven als Ausdruck der Decharge wird unzweideutig schon bei

---

13) Livius XXXIII. 47. XXXIX. 42. Gell. IV. 20. Cicero Divinat. c. 15. pro Cluent. c. 47. Ungewiß ist bei Plautus Poen. III. 6, 5. Cras subscribam homini dicam (wohl griechischer Sprechweise nachgebildet.) — 14) Bei Cicero dient das „subscribere epistolae Caesaris" ad div. XII. 16. zur Beglaubigung. Bildlich kommt es schon vor Ovid. trist. I. 2, 3. neve, precor, magni subscribite Caesaris irae. — 14a) Die Subscr. kommt auch schon vor im Papyrus (s. u.) aus der Zeit des Anton. Pius. Edmonstoneschen.



Julian, M. Scaevola und Callistratus erwähnt[15]). Auch dienen Subskriptionen zur Anerkennung einer übersandten Rechnung, eines Saldo, fr. 61. pr. de O. et A. (Scaev.):

Procurator Seji admisit *subscriptionem* ad argentarium vascularium in verba infra scripta: *Lucius Kalandius recognovi* (ἐπέγνων), *quemadmodum supra scriptum est, reliqua* (λοιπὰ, das Saldo) *a nobis debentur tot illi;*

woraus sich zugleich ergiebt, daß bei der subscriptio nicht immer an einfache Namensunterschrift zu denken ist. Ich erinnere ferner an das „scripsi coram subscribente et adsignante domino meo" in einer Stipulationsurkunde bei Paulus fr. 126. §. 2. de V. O.

Daß bei Testamenten die Subskriptionen schon zur Zeit des Paulus vorkamen, ergeben einige Pandektenfragmente[16]). Kallistratus, und noch bestimmter Marcianus fr. 1. §. 8. ad L. Corn. de fals., unterscheiden dabei eine *subscriptio specialiter* facta: „quod illi dictavi et recognovi", im Gegensatz einer *generalis* subscriptio. — Freilich gaben in diesen Beispielen die Bestimmungen des SC. Libonianum eine besondere Veranlassung zur eigenhändigen Unterschrift. Bekanntlich hat erst Theodosius II. dieselbe zu einem nothwendigen Erforderniß des Testaments erhoben.

Seit die Subskriptionen wichtiger wurden, dehnte man die Strafen des falsum analog auch auf Fälle aus,

---

15) fr. 12. de liberat. leg. (34. 3.) fr. 40. §. 10. de fid. lib. (40. 5.) fr. 40. §. 3. de statulib. (40. 7.) fr. 82. de condit. (35. 1.) — 16) fr. 14. und 15. ad L. Corn de fals. (48. 10.) — 17) Marcian fr. 1. §. 4. Paul. fr. 16. ad L. Corn. de fals. (48. 10.)



quae sine consignatione fiunt[17]). Seitdem heißt es (bei Paul. V. 25. §. 5.):

Qui rationes, actu, libellos, album propositum, testationes, *cautiones, chirographa, epistolas,* sciens d. m. in fraudem alicujus deleverit, mutaverit, subjecerit, *subscripserit,* — falsi poena coercetur.

Theils die etymologisch weite Bedeutung von signare, theils der gleichmäßige Gebrauch der Siegel, Unterschriften und Adskriptionen als Kennzeichen der Echtheit, haben den römischen Sprachgebrauch veranlaßt, nach welchem signare namentlich in gewissen Zusammensetzungen auch für scribere gebraucht wird. Paulus fr. 39. de V. S.

*Subsignatum* dicitur, quod ab aliquo subscriptum est. Nam veteres subsignationis verbo pro *adscriptione* uti solebant.

Auch Festus bezeugt daß signare bald für scribere, bald für: annulo signa imprimere gebraucht werde. Diese Zweideutigkeit ist wohl zu beachten. So ist in der Naturgeschichte des Plinius dies „subsignare" geläufig: traditas notas subsignabimus Catonis maxime verbis[18]). In einer andern Stelle[19]) gebraucht er subsignare von dem Unterzeichnen des Bürgen, wie die subscriptio fidejussionis bei Paulus, die subsignatio des Bürgen bei Diokletian c. 15. de adm. tut.[20]).

Immer häufiger wird seitdem erwähnt eine subscriptio (oder subsignatio) bei Dotalinstrumenten, bei Freilassungsbriefen, Verpfändungsurkunden, Rechnungen, Auftragsschreiben, Darlehnsschuldscheinen überhaupt als Zeichen des Konsenses, in

18) Plin. N. H. XVIII. 6, 7. XVIII. 25, 61. — 19) eod. X. 3. — 20) Subsignare für Verpfänden bei Callistr. fr. 5. §. 10. de jure immun. (50. 6.) Verschiedene Bedeutungen bei Cic. pro Flacco.

Stellen von Severus und Antoninus[21]), Caracalla[22]), Diokletian[23]), Modestinus[24]), Hermogenianus[25]) und später. Auch der technisch gewordene Name „subscribendarius" Th. C. VIII. 4. c. 8. §. 1. deutet auf die Wichtigkeit, welche man jetzt den Unterschriften beilegte. In den Konstitutionen der christlichen Kaiserzeit ist bei Vertragsurkunden nun nicht weiter von einer obsignatio, sondern von der Unterschrift mit Zuziehung von Zeugen die Rede, z. B. in der Konstitution Leo's über die Verpfändungsurkunden c. 11. qui potior.; in der Konstitution Zeno's über Schenkungsurkunden. c. 31. de donat. Wie weit das Verschwinden der Obsigationen zurückzudatiren sei, dafür giebt einen Anhaltspunkt auch die Konstitution über die Form der schriftlichen Schenkungen, welche Konstantin im Jahre 323 erließ, und in welcher jene mit Stillschweigen übergangen werden.

Die jüngsten von Justinian herrührenden Vorschriften, namentlich in nov. 44. 47. 73, betreffen die genaue Beifügung der Zeitbestimmung in den Instrumenten, den Gebrauch des mit einem „πρωτόκολλον" versehenen Papiers, genaue Vorschriften über Unterschrift und Zuziehung von Zeugen, comparatio litterarum u. s. w. Im Codex finden sich außerdem noch zerstreute Vorschriften über Zuziehung und Unterschrift einer bestimmten Anzahl Zeugen[26]). Von einer obsigna-

---

c. 32. fr. 26. §. 1. de pign. (20. 1.) = versiegeln c. 12. de compens. c. 2. de usur. — 21) c. 2. de nupt. (5. 4.) — 22) c. 3. quod cum eo. (4. 26.) — 23) c. 14. si cert. pet. (4. 2.) c. 32. de liberali c. (7. 16.) — 24) fr. 50. de acquir. hered. (29. 2.) fr. 9. §. 1. qu. mod. pign. — 25) fr. 13. §. 1. de divers. temp. a. (44. 3.) — 26) Z. B. c. 1. de Latin. libert. (7. 6.) c. 23. ad SC. Vell. (4. 29.) (Das consignare ist hier wie die Basil. zeigen ein Unterschreiben, wie fr. 5. de instr. fr. 13. §. 6. de act. emt. Th. C. III. 5. c. 3.) c. 17. de fide instr. c. 17. si cert. pet. (4. 2.)

tio ist auch bei öffentlichen Urkunden nicht mehr die Rede.

Alle diese Formvorschriften geben schließlich zu der wiederholten Bemerkung Veranlassung, daß regelmäßig die römischen Schuldscheine und andere Vertragsurkunden, der Verschiedenheit ihrer Namen ungeachtet, als gleichartig behandelt werden und keine besondere species von den übrigen ausgezeichnet wird.

IV. Über die innere Form der Urkunden ist die älteste umfassende Notiz bei Ambrosius in dir. Luc. II. c. 2.

> Nam si consules adscribuntur *tabulis emtionis*, quanto magis redemtioni omnium *debuit* tempus adscribi? Habes ergo omnia quae in *contractibus esse consuerunt:* Vocabulum summam illic potestatem gerentis, diem, locum, *causam*. Testes quoque adhiberi solent.

Gajus bezeichnet die chirographa unbestimmt als Instrumente, in welchen jemand „se debere vel se daturum scribat". Ob für dies debere oder daturum aber eine gewisse Form, gewisse Worte und Wendungen üblich oder nothwendig waren, läßt sich nur aus den uns erhaltenen Formularen schließen.

Ein solches über ein Darlehnsgeschäft enthält Modestinus fr. 41. §. 2. de usur.:

> Ille scripsi *me accepisse, et accepi* ab illo mutuos et numeratos decem, quos ei *reddam* Kalendis illis proximis cum usuris placitis inter nos.

Marcellus fr. 24. de const. pecunia:

> *Remanserunt* apud me L ex credito tuo, quos tibi *reddere debebo* Idibus Majis probos: quodsi

ad diem suprascriptum non dedero, tunc *dare debebo* usuras tot.

Über ein *depositum* fr. 24. depos. Papinianus:

Lucius Titius Sempronio Salutem. C nummos quos *commendasti* mihi annumerante servo Sticho actore, esse apud me ut notum haberes, hac epistola manu mea scripta notum facio, quae quando voles et ubi voles, confestim tibi *numerabo*.

Scaevola fr. 28. eod.

XXV nummorum, quos *apud me esse* voluisti, notum tibi facio hac epistola, *ad ratiunculam meam pervenisse:* quibus ut primum prospiciam, ne vacua tibi sint, [id est, ut usuras earum accipias,] *curae habebo*.

Paulus fr. 26. §. 1. eod.:

Lucius Titius ita *cavit:* ἔλαβον καὶ ἔχω εἰς λόγον παρακαταθήκης τὰ προγεγραμμένα τοῦ ἀργυρίου δηνάρια μύρια, καὶ πάντα ποιήσω, καὶ συμφωνῶ, καὶ ὡμολόγησα, ὡς προγέγραπται· καὶ συνεθέμην χορηγῆσαί σοι τόκον, ἑκάστης μνᾶς ἑκάστου μηνὸς ὀβόλους δ' μέχρι τῆς ἀποδόσεως παντὸς τοῦ ἀργυρίου.

Übernahme einer Bürgschaft durch *mandatum qualificatum* fr. 62. §. 1. mand.:

Titius Gajo suo salutem. Peto et mando tibi ut fidem dicas pro Publio Maevio apud Sempronium, quaeque a Publio soluta tibi non fuerint, me *repraesentaturum* hac *epistola* manu mea scripta notum tibi facio.

fr. 59. (17. 1.) eod.

— Ille Illi Salutem. *Mando tibi*, ut Blaesio Severo adfini meo octoginta credas sub pignore illo

et illo, in quam pecuniam, et quidquid usurarum nomine accesserit, *indemnem rationem tuam me esse* ex causa mandati in eum diem, quoad dixerit Blaesius Severus, *praestaturum*.

Schuldanerkenntnisse über eine stattgefundene Berechnung und das daraus hervorgehende Saldo. fr. 20. de institor.:

Octavius Terminalis rem agens Octavii Felicis, Domitio Felici salutem. *Habes penes mensam* patroni mei denarios mille, quos denarios vobis *numerare debebo* pridie Cal. Maj.

Ferner das schon oben erwähnte fr. 61. pr. de O. et A.: Procurator Seji admisit subscriptionem ad argentarium vascularium in verba infra scripta: L. Kalandius *recognovi* quemadmodum infra scriptum est, reliqua a nobis debentur tot illi.

Noch vollständiger fr. 47. §. 1. de pact.:

Ex *ratione mensae* quam mecum habuisti in hunc diem, ex contractibus pluribus *remanserunt* apud me ad mensam meam CCCLXXXVI et usurae, quae competierint. Summam aureorum, quam apud me tacitam habes, *refundam* tibi.

Ein solches Anerkenntniß aus welchem eine actio constitutae pecuniae entstehen soll, fr. 26. de const. pec.:

Decem, quae Lucius Titius ex arca tua mutua acceperat, salva ratione usurarum *habes penes me*, Domine.

fr. 31. eod. enthält die Beschreibung einer ähnlichen epistola:

Epistolam exponit, *debitorem sese esse* confiteu-

**tem; qui et addidit epistolae suae, quod in *rationes suas eadem pecunia pervenit.***

Auch die Stipulationsurkunden (Abhdlg. III. §. 2.) sind ihrem Inhalt nach gleichartig: nur daß die Stipulationsklausel hinzutritt. Die sonst vorkommenden Vertragsurkunden sind theils erst aus dem sechsten Jahrhundert, namentlich die Verkaufsurkunden, theils bieten sie kein besonderes Interesse bei Bestimmung der inneren Form dar[27]).

Wollen wir nicht, wie gewöhnlich, nach einer beliebigen Idee, sondern nach diesen vorhandenen Beispielen die innere Form der Schuldscheine bestimmen: so enthalten sie nichts weiter als ein Bekenntniß des Ausstellers, aus irgend einem gültigen obligatorischen Grunde schuldig zu sein. Dies Bekenntniß läßt sich in zwei Bestandtheile auflösen:

1. in das Bekenntniß der causa: me accepisse fateor; — scripsi me accepisse et accepi; — remanserunt apud me L; — sunt apud me; — suscepi habeoque; — ad rationem meam pervenerunt; — habes penes mensam meam; — recognovi quemadmodum supra scriptum est; — ex arca tua mutua accepi; — in rationes meas pecunia pervenit.

2. das Versprechen der Zahlung: reddam cum usuris placitis; — reddere debebo Idib. Maj.; — confestim tibi numerabo; — πάντα ποιήσω, καὶ συμφωνῶ, καὶ

---

27) Ein Kaufinstrument bei Spangenberg tabul. neg. S. 235. über die Fassung der epistolae s. daselbst No. 24. 25. 43. 46. 51. 70. 74. Verkaufsinstrumente: Spangenbergs Urkundenbeweis I. 386—95. II. 181—206. Schenkungsurkunden II. 242—49. Eine Vergleichungsurkunde II. 316. instr. plenariae securitatis II. 346—54. Amtliche Geschäftsberichte im zehnten Buch der Briefe des Plinius, aus der Zeit Valent. III. im zehnten Buch der Briefe des Symmachus.

ὡμολόγησα; — ne vacua tibi sint, curae habebo; — me repraesentaturum hac epistola notum tibi facio; — indemnem rationem tuam me esse praestaturum; — renumerare debebo; — a nobis debentur tot; — refundam — tibi; debitorem me esse confiteor.

Beide Bestandtheile, die causa und das Versprechen der Zahlung, können auch in einer Wendung ausgedrückt sein, z. B. debeo ex causa etc., recognovi ut supra scriptum est.

Man wird unter diesen Umständen die Idee aufgeben müssen, daß das chirographum der Römer in irgend einer Weise ein formelles Versprechen enthalte. Ob das Versprechen der Leistung direkt oder indirekt, mittelbar oder unmittelbar ausgedrückt worden, wird nirgends unterschieden. Auch ein bloßes „accepisse" ex illa vel illa causa, ein „debere" macht ein Schuldbekenntniß in diesem Sinne. Die Römer unterscheiden wohl, ob ein Schuldschein die Stipulationsklausel enthalte oder nicht (fr. 24. de const. pec.), bei einfachen Schuldscheinen dagegen ist die Fassung völlig gleichgültig; und nur bei der Frage ob ein constitutum entstanden sei, wird unterschieden ob das Versprechen der Leistung persönlich oder impersonell ausgedrückt worden. Die Definition der chirographa bei Gajus:

„si quis debere se, aut se daturum scribat",

wird hierdurch vollkommen bestätigt. Es ergiebt sich daraus die Unhaltbarkeit solcher Ideen, wie sie z. B. Beier im excurs. zu Cic. de off. III. 15. — sogar unter dem Vorwurf eines Irrthums gegen v. Savigny, — wieder aufstellt: daß nämlich Scheine „in quibus se debere", und Scheine „in quibus se daturum" geschrieben wird, etwas

Verschiedenes, und letztere als Wechsel oder griechische syngraphae u. dgl. zu denken seien!

## §. 4.

## Wirkung der römischen Schuldscheine.

Die Anhänger eines Litteralkontrakts durch Schuldscheine sprechen nicht bestimmt aus, was sie unter „Schuldscheinen" verstehen. Gewöhnlich denkt man an einseitige Bekenntnisse des Schuldners, in welchen er aus einer Obligation zur Zahlung einer Geldsumme verpflichtet zu sein bekennt. Auch ein schriftliches Versprechen andere Sachen zu geben, fungible oder nicht fungible, läßt sich wohl darunter begreifen. Wenn man aber generell von einem Litteralkontrakt aus einem chirographum, einer epistola, cautio spricht, und dafür Beweisstellen beibringt, welche entweder diese umfassenden Bezeichnungen, oder gar noch allgemeinere, wie tabulae, instrumenta, scribere gebrauchen, so hätte man die Frage stellen müssen, ob nicht alle schriftliche Urkunden einen Litteralkontrakt machen. Denn nur Unkenntniß des Sprachgebrauchs hat die Idee veranlaßt, als ob der eine oder andere römische Name sich auf irgend eine durch Form und Inhalt ausgezeichnete Art von Urkunden beschränke. Man würde dann von Anfang an auf das Bedenken gestoßen sein, daß bei der ungemeinen Häufigkeit der Urkunden über Konsensual-, Realkontrakte, Stipulationen und andere Obligationen beinahe das ganze Vertragssystem des neueren römischen Rechts in ein System von Litteralkontrakten aufgehen würde! Um überhaupt zu einem Ziele zu gelangen, hätte man den neuen Litteralkontrakt mit der Stipulation vergleichen müssen. Die Stipu-

lation ist durch **Form** und **Wirkung** bestimmt ausgezeichnet, — der Litteralkontrakt durch Urkunden muß sich also eine Vergleichung in Form und Wirkung gefallen lassen, um zu zeigen was an ihm ist.

I. Vergleicht man die **Form** der Schuldscheine mit der Stipulation: so ist man bei formellen Verträgen gewohnt, doch an irgend eine Solemnität zu denken. Selbst in einem der Auflösung nahen Zustande ist in der Stipulation noch eine Form erkennbar. Statt dessen finden wir hier Scheine **ohne technisch bestimmten Namen und in beliebiger Form**. Man versuche aus den Formvorschriften über Urkunden, wie ich sie im vorigen §. zusammengestellt habe, irgend eine feste äußere oder innere Form zu ermitteln, die der Stipulation zu vergleichen wäre. So lange ein Litteralkontrakt durch die Hausbücher bestand, lag dessen Wesen in einer scripturae *proprietas* fr. 2. de O. et A., d. h. in **bestimmter** Eintragung als *expensum acceptum* in **bestimmte** Bücher. Worin soll hier die Form liegen? im Stoff der Urkunde, Holztafeln, Papyrus, Pergament? oder in der vielfach wechselnden obsignatio oder subscriptio? oder in der Fassung der Worte? Wenigstens ein **direktes Versprechen** der Leistung müßte man doch als wesentlichen Bestandtheil eines formellen Vertrages denken.

Enthält die Urkunde eine Stipulationsklausel, so begründet sie eine verborum obligatio; enthält sie ein persönlich gefaßtes Anerkenntniß, ein prätorisches constitutum. Fällt aber der vermeintliche Litteralkontrakt mit der verborum obligatio oder mit dem prätorischen pactum zusammen, so ist er eben kein Litteralkontrakt; — wenn nicht, so suche man aus den dreißig und mehr Wendungen, die in römischen

Urkunden vorkommen, diejenige Fassung des Versprechens heraus, welche die Form ausmacht.

Wir finden hier also einen formellen Vertrag, dem nicht weniger fehlt, als die Form und ein Name.

II. Vergleichen wir die Wirkung, so erklärt sich nach unserer Ausführung die Eigenthümlichkeit der Stipulation aus einer fingirten causa. Wer sie nicht daraus erklären will, wird das quellenmäßige Resultat anerkennen müssen, daß das Wesen derselben in ihrer selbstständigen Wirkung besteht, unabhängig von einer causa; daß das zu Grunde liegende Geschäft sich vielmehr erst durch den Umweg einer doli exceptio und condictio geltend macht. Vergleichen wir die Urkunden:

1. eine Urkunde *ex antecedente causa* tritt zu einer begründeten Obligation hinzu. Wie bei der Stipulation müßte dadurch entweder Novation oder eine zweite selbstständige Obligation accessorisch entstehen. Eine Urkunde bewirkt nun aber

a) keine Novation. Ulpian lehrt fr. 11. §. 1. de novat.:

Fit autem delegatio *vel* per stipulationem *vel* per litiscontestationem.

Überhaupt werden überall nur diese beiden Arten der Novation genannt, z. B. fr. 2. 29. eod. fr. 91. de V. O. c. 2. de execut. rei jud. Für die Zeit des Marcellus ist ausdrücklich bezeugt, daß nur durch Stipulation, nicht aber durch einen Schuldschein eine Expromission vorgenommen werden könne, in dem schon öfter berührten fr. 24. de const. pec.:

Titius Sejo *epistolam* emisit in haec verba: Remanserunt apud me L ex credito tuo, ex con-

tractu pupillorum meorum, quos tibi *reddere debebo* Idibus Majis probos: quodsi ad diem suprascriptum non dedero, tunc dare debebo usuras tot. Quaero an Lucius Titius *in locum pupillorum ex hac cautione reus successerit.* Marcellus respondit, *si intercessisset stipulatio,* successisse. Item quaero an *si non successerit, de constituta teneatur.* Marcellus respondit, in sortem teneri. Est enim humanior et utilior ista interpretatio.

Ein succedere als reus debendi setzt also Stipulation voraus. Ein einfacher Schuldschein kann höchstens ein constitutum debiti alieni begründen. Wo bleibt hier Raum für eine litterarum obligatio? Dazu tritt folgendes Rescript von Diokletian c. 6. si cert. pet.:

Si ex pretio debitae quantitatis, facta *novatione per stipulationem,* usuras licitas ab eo contra quem supplicas stipulatus es: *falsa mutuo datae quantitatis demonstratio* praemissa, cum *obligationis substantia* non defecerit, quominus usque ad modum placitum usurae possint exigi, nihil nocet. *Si vero citra vinculum stipulationis* tantum mutuam pecuniam datam *conscriptum est,* et ejus praestari foenus convenit, simulatis pro infectis habitis, hujus modi *placitum nihil de praecedente mutavit obligatione.* (vgl. c. 5. eod.)

Wenn jemand über ein rückständiges Kaufgeld einen Schuldschein wie über ein Darlehn ausstellt, so wird dadurch keine Novation bewirkt (nihil de praecedente mutavit obligatione). Dem entgegengesetzt wird der Fall der Stipulation. Der ganze Beweis für eine Novation durch Urkunden beschränkt sich dagegen auf eine Stelle von Theodosius II.,

„debitum ex quacunque causa in cautionem *translatum*" in welcher das „transferre" als eine bei der Novation übliche Wendung zum Beweise genügen soll.

Wenn nun aber eine Novation durch chirographa, wie Cropp zugesteht, noch nicht zur Zeit Ciceros und nicht mehr zur Zeit Justinians, wenn sie, wie obige Stellen zeigen, zur Zeit des Marcellus, Paulus, Diocletian, Justinian nicht statt fand, — wo ist sie hergekommen, und wo ist sie geblieben?

b) Wenn also das chirographum nicht novirt, so fragt sich, ob dadurch eine zweite selbstständige Obligatio neben der alten entsteht, mit einer neuen selbstständigen Klage ex litteris? Davon findet sich aber in unsern Quellen nichts; ja eine solche Annahme wäre unvereinbar mit den Grundsätzen des *constitutum*. Ein solches wird gerade auch durch epistolae eingegangen. Wie konnte nun aber eine prätorische Klage entstehen, wo schon eine viel bessere streng civile actio aus dem Litteralkontrakt bestand? Oder wenn dieser Litteralkontrakt später entstand, wie konnte das constitutum daneben fortbestehen, und noch irgend eine Bedeutung behalten? Wie konnten die römischen Juristen, wo sie von einem schriftlichen constitutum sprechen, dessen Verhältniß zu einem daneben stehenden Litteralkontrakt mit Schweigen übergehen? Auf diesen Widerspruch wäre man ohne Zweifel gestoßen, wenn man nicht die Vorstellung mitgebracht hätte, daß die chirographa und cautiones als förmliche Schuldscheine etwas anderes seien, als solche bloße epistolae; während doch Name, Form und Inhalt der cautiones, chirographa und epistolae zusammenfallen. Cropp sucht sich so zu helfen: wenn die Ausstellung eines Schuldscheins nur in der Absicht erfolge, die Schuld anzu-

erkennen, so entstehe ausnahmsweise ein constitutum und kein Litteralkontrakt. Dies ist nun aber gerade der einzige Fall, wo er irgend eine Bedeutung hätte.

Deshalb kommt Cropp schließlich zu der wunderlichen Annahme, daß der Litteralkontrakt nur dann erscheine, wenn der Schuldschein mangelhaft sei, d. h. gar keine *causa debendi* enthalte *(cautio indiscreta)*. Diese ganze Ausführung ist aber nur von ihm erfunden. Sie beruht auf der gänzlich mißverstandenen L. 25. §. 4. de probat., die von Stipulationsurkunden handelt.

So bleibt denn kein Raum für eine litterarum obligatio überall, wo ein Schuldschein über eine causa antecedens ausgestellt wird. Dies ist auch von Endemann stillschweigend zugestanden. Der Litteralkontrakt, von diesem Gebiet ausgeschlossen, müßte sich wenigstens

2. bei einem *chirographum donandi causa* zeigen. Als formeller Vertrag müßte ein solcher Schein vorkommen, wie die Stipulation donandi causa. Allerdings werden häufig epistolae donationis[1]) erwähnt. Solche epistolae aber sind entweder Stipulationsurkunden, oder sie erscheinen nur als Beweis eines andern negotium donandi causa initum, einer traditio, eines pactum de non petendo[2]) u. s. w. Die schriftliche Form spielt ferner in der Kaiserzeit eine gewisse Rolle als Bedingung der Gültigkeit der Schenkungen[3]). Allein daß das Schenkungsversprechen dadurch zu einem formellen klagbaren Forderungsrecht,

---

1) fr. Vat. §. 263. 281. fr. 61. §. 1. de O. et A. (44. 7.) fr. 57. de donat. int. Vir. (24. 1.) fr. 27. 32. 35. de donat. (39. 5.) — 2) vgl. c. 6. de solut. (8. 43.) fr. Vat. §. 281. c. 23. de donat. (8. 54.) — 3) c. 1. 4. Th. C. de donat. (8. 12.) fr. Vat. §. 268. 285. fr. 77. de rei vind. (6. 1.)



zu einer perfecta donatio gleich der promissio donandi causa[4]) erhoben werde, widerlegen auf das Bestimmteste die fragm. Vat. §. 263.:

Eam, quae bona sua filiis *per epistolam citra stipulationem* donavit, si neque professionem rerum singularum tradidit, neque per mancipationem rerum dominia transtulit, nec interpositio delegationibus aut inchoatis litibus actiones novavit, *nihil egisse* placuit.[5])

Endlich wäre die Annahme eines chirographum donandi causa unvereinbar mit der Fassung der c. 35. de donat., in welcher Justinian dem pactum donationis ohne Stipulationsform zuerst Klagbarkeit verleiht. Wenn man daher auch von diesem Gebiete

3. auf das Gebiet der *causa futura* oder *praesens* zurückgedrängt, hier noch eine litt. obl. retten wollte, so mußte man mit Endemann annehmen, daß wenigstens ein chirographum über ein so eben kontrahirtes Darlehn Litteralkontrakt mache. (Von dem Fall der causa futura wird nicht weiter gesprochen.) Es erscheint dann aber an sich wunderbar, daß ein formeller Vertrag, der sich zur allgemeinsten Anwendung eignet, nur in einem speziellen Falle eintreten, in allen übrigen bloßes Beweismittel sein sollte. Unglücklicher Weise steht sogar dieser Annahme ein direktes Gegenzeugniß von Diokletian entgegen c. 14. si cert.

---

4) fr. Vat. §. 293. 310. s. oben S. 155. 156. — 5) Nach einer zulässigen Deutung scheint sogar durch die alte nominum obligatio kein klagbares Forderungsrecht donandi causa begründet zu sein. fr. 26. de donat. Pomponius: Nuda ratio non facit aliquem debitorem; ut puta quod donare libero homini volumus, licet referamus in rationes nostras, debere nos, tamen nulla donatio intelligitur.



Mutuae pecuniae, quum aliis dedit creditor, *citra solemnitatem verborum subscribentem instrumento* te non habet obligatum.

Wie anders wäre dies beim Vorhandensein einer Stipulationsklausel! — Fragen wir ferner, welche praktische Veranlassung die Römer gehabt haben könnten, gerade nur beim Darlehn eine formelle Obligation ex chirographo anzunehmen; so ließe sich dies denken, um ein Zinsversprechen, oder eine Korrealverpflichtung klagbar zu machen, oder dem Gläubiger eine condictio certi zu verschaffen. Zur Klagbarkeit eines Zinsversprechens und einer Korrealobligation aber genügt das chirographum nicht; und eine condictio certi hat der Gläubiger aus dem Gelddarlehn ohnehin. Der chirographarische Litteralkontrakt wäre also die müßigste Schöpfung des römischen Rechts, welche grade nur da einträte, wo man sie nicht braucht, da aber wegfiele, wo sie eine Wirkung haben kann.

Daß eine Verpflichtung als correus debendi durch chirographum nicht begründet werden könne, bezeugt ausdrücklich Diokletian c. 12. si cert. pet.:

Si in rem communem cum Ione mutuam sumsisti pecuniam, *nec re nec verborum solennitate* vos obligastis *in solidum:* de restituenda tibi parte contra Ionem experiri, ut debitum poscens, judice cognoscente potes.

Daß ein Zinsversprechen nicht durch chirographum begründet werden könne, ergiebt, — wenn es eines Beweises dafür noch bedarf, — Afrikanus fr. 24. de pr. v.: pecuniae creditae usuras, nisi in stipulationem deductas, non deberi; Severus und Antoninus c. 3. de usur.: Usurae foenebris pecuniae citra vinculum sti-



pulationis peti non possunt; ferner die oben angeführte Stelle von **Marcellus** fr. 24. de const. pec, nach welcher eine epistola zwar ein constitutum debiti alieni für das Kapital, nicht aber für die Zinsen begründet; ferner für das fünfte Jahrhundert **Paulus** II. 14. §. 1. im Zusammenhang mit der interpretatio:

> Si *pactum nudum* de praestandis usuris interpositum sit, nullius est momenti: ex nudo enim pacto inter cives Romanos actio non nascitur. Interpr. Pactum nudum dicitur, si *cautio* creditori a debitore, in qua centesimam se soluturum promisit, *sine stipulatione* fiat. *Et ideo usurae ex nuda cautione non debentur.*

Die ausdrückliche Ausnahme **Konstantins** c. 25. de usur.: Pro auro et argento et veste, facto *chirographo,* licitas solvi vel promitti usuras jussimus, — bestärkt die Regel; ebenso **Scaevola** fr. 5. §. 1. de naut. foen.:

> In his autem omnibus *et pactum sine stipulatione* ad augendam obligationem prodest und ähnliche Stellen[6]).

Während wir also sogar spezielle Zeugnisse gegen die Existenz eines **Darlehns-Litteralkontrakt** haben, so fehlt es umgekehrt an allen speziellen Zeugnissen dafür. Denn jene zweideutigen Stellen, welche die Existenz eines Litteralkontrakts darthun sollen, sind ganz generell gefaßt. Der Institutionentitel de litt. obl. spricht zwar von einer quasi

---

6) vgl. auch fr. 28. depos. (16. 3.) fr. 30. de usur. (22. 1.) c. 12. de usur. (4. 32.) nov. 136. **Modestin** fr. 41. §. 2. de usur. (22. 1.) handelt nur von der Frage nach der Wirksamkeit eines Zinsversprechens ohne Bestimmung der Prozente.

Digitized by Google

litterarum obligatio bei Darlehnsschuldscheinen, aber nur von einer solchen, die nach Wegfallen der *exceptio n. n. p.* entstehen soll, und man hat aus dieser Fassung erst mit Mühe ein Resultat hervorgesucht, welches direkten Zeugnissen widerspricht und nach dem ganzen Zusammenhange unserer Quellen unmöglich ist.

Können wir also keinen Fall ermitteln, in welchem die Entstehung eines Litteralkontrakts sichtbar würde, so bliebe der letzte Ort, ihn zu suchen, unter den Aufhebungsarten. Formelle Verträge werden in derselben Form aufgehoben, in der sie entstehen. (fr. 80. de solut.) Wäre das chirographum formeller Vertrag, so müßte man auch formelle Aufhebung erwarten, entweder durch Ausstellung eines Gegenscheins, einer Quittung, — oder allenfalls durch Rückgabe des Scheins. Dies ist nun aber bekanntlich nicht der Fall. Die Wirkung einer Quittung wird immer streng von der acceptilatio unterschieden, z. B. fr. 19. §. 1. de acceptil.:

> Inter acceptilationem et apocham hoc interesse, quod acceptilatione omnimodo liberatio contingit, licet pecunia soluta non sit; *apocha non alias* quam si pecunia soluta sit. (vgl. c. 6. 13. solut.)

Die Obligation erlischt also nie durch Quittung, sondern nur durch die quittirte Zahlung. Ebenso c. 13. de solut.:

> Si obligatum ex causa mandati non per stipulationem facta novatione, post acceptilatione liberasti, sed tantum receptam ex eadem causa debitam quantitatem falso scripsisti, figmento veritatis extingui non potuit veritas.

Die Rückgabe des Schuldscheins ferner gilt bekanntlich nur als stillschweigendes pactum de non petendo. (fr. 2

§. 1. de pact.); — absichtliche Vernichtung begründet nur eine Vermuthung des Erlasses. (fr. 24. de prob.)

Zu diesen Argumenten treten endlich noch generelle Zeugnisse über die Beweiskraft der *chirographa*. Die Beweiskraft der Instrumente wird in unseren Quellen häufig erwähnt. Namentlich im späteren Recht gelten sie im Ganzen als zuverlässigeres Beweismittel im Verhältniß zu den Zeugen[7]). Sehr häufig findet sich indessen die Bestimmung, daß die Instrumente nicht nothwendiges Beweismittel seien, der Beweis vielmehr auch durch alle sonstigen zulässigen Mittel erbracht werden könne[8]). Daher soll namentlich der Verlust der Instrumente unschädlich sein, wenn nur ein anderer Beweis beizubringen ist[9]). Da die Skriptur zum Beweise dient, so ist auch ein Gegenbeweis zulässig[10]).

Solche Stellen schließen nun zwar die Möglichkeit eines Litteralkontrakts nicht aus. Denn auch der alte Litteralkontrakt und die mensae scripturae dienten zugleich als Form der Kontrahirung und als Beweismittel. Eben so sind die Stipulationsurkunden im neueren Recht gewissermaßen Kontraktsform und Beweismittel zugleich. Indessen wegen der Definition des Paulus „non figura litterarum, sed oratione quam exprimunt obligamur" sah man die cautio nicht als Litteralkontrakt, sondern an und für sich als Beweismittel an; eben deshalb bezeichnet cautio

7) nov. 97. c. 4. nov. 90. pr. c. 14. 18. de test. c. 14. de contr. stip. c. 3. si minor. c. 23. ad L. Corn. de fals. — 8) c. 17. de usur. c. 6. de compens. c. 1. de fide instr. — 9) c. 1. 5. 7. 9. 10 — 12. de fide instr. C. Greg. IV. 2. §. 1. u. 2. fr. 5. de probat. — 10) fr. 25. §. 4. de prob. c. 3. si minor. c. 1. (rest.) de testibus Cujacius Obs. VIII. 38.

ohne Unterschied einen Schein mit und ohne Stipulations-klausel, weil die Schrift in beiden Fällen als Beweis und nur als Beweis gilt. Seneca de benef. III. 15.:

*In quid* isti viri ornati adhibiti sunt? *in quid* imprimunt *signa?* nempe ne ille neget accepisse se quod accepit.

Gajus fr. 4. de fide instr.:

Fiunt de his (de hypotheсis) scripturae, ut quod actum est per eas *facilius probari possit;* et sine his autem valet, quod actum est, si habeat probationem.

Ulpianus fr. 27. §. 1. furt.:

Qui tabulas vel *cautiones* amovet, — quum (creditor) *alias* probationes mensaeque scripturam haberet — *quantum interest*, quum possit debitum *aliunde* probare? — quemadmodum si in binis tabulis debitum scriptum sit? nam nihil videtur deperdere, si futurum est, *ut alio chirographo* salvo securior sit creditor. (Ebenso fr. 10. §. 3. de edendo.)

Paulus fr. 17. §. 3. commod.:

Si pugillares mihi commodasti, ut debitor *mihi caveret*, non recte facies importune repetendo; nam si negasses, vel emissem, *vel testes adhibuissem.*

Callistratus fr. 5. de fide instr.:

Si *res gesta, sine litterarum* quoque consignatione, veritate factum suum praebeat, *non ideo minus valebit, quod instrumentum nullum* de ea intercessit.

Diocletianus c. 12. de prob.:

*Quum res non instrumentis gerantur, sed in*

*haec rei gestae testimonium conferatur* etc. und ähnliche Stellen[11]).

Ich füge diesen Argumenten noch ein letztes von Anderen geltend gemachtes hinzu. Den römischen Juristen war die Viertheilung der obligationes, quae verbis, *litteris*, re, consensu contrahuntur, vollkommen geläufig geworden. Es ist nun aber schon vielfach bemerkt, daß in allen Fragmenten die litt. obl. bei der Aufnahme in die Pandekten gestrichen ist, z. B. in fr. 1. §. 1. de O. et A. (Gajus:) Obligationes ex contractu aut re contrahuntur, aut verbis, aut consensu. Diese Weglassung ist so häufig[12]), daß man an ihrer Absichtlichkeit nicht zweifeln kann. Einen vernünftigen Grund, außer dem der Nichtexistenz eines Litterakontrakts, ist bisher zu ermitteln nicht gelungen.

Endlich verlöre durch Annahme eines solchen Litteralkontrakts die nov. Leonis 72. ihren Sinn, welche zuerst den schriftlichen Verträgen allgemein die Klagbarkeit beilegt, und ausdrücklich bemerkt, daß bis dahin eine schriftliche Verabredung ohne Pönalstipulation als klagloses pactum gegolten habe.

---

11) fr. 3. §. 2. de jure fisci (49. 14.) Chirographum, quo cavet se restituturum. — Sed et ex aliis probationibus manifestissimis idem fit. — fr. 3. §. 3. de jure fisci. (49. 14.) *chirographa* — aliae probationes manifestissimae. — Paul. V. 12. §. 11. fr. 2. de fide instr. Calumniosam scripturam vim justae petitionis in judicio obtinere non convenit. — c. 5. de transact. (2. 4.) Cum de fide contractus constet confessione tua: *scriptura*, quae probationem rei gestae continere solet, necessaria non est. — vgl. c. 17. de pact. (2. 3.) c. 1. plus valere (4. 22.) c. 6. de compens. (4. 31.) fr. 44. de legat. I. (30.) fr. 59. de legat. III. (32.) Paul. II. 17. §. 14. — 12) vgl. fr. 9. §. 3. de R. C. (12. 1.) fr. 1. §. 3. de pact. (2. 14.) fr. 4. fr. 52. de O. et A. (44. 7.) fr. 8. §. 1. de fidej. (46. 1.) fr. 1. §. 1. de novat. (46. 2.)

## §. 5.

## Erklärung der zweideutigen Stellen.

Dem Litteralkontrakt durch chirographa fehlt nach der bisherigen Ausführung Name, Form und Wirkung, d. h. er existirt nur in der Vorstellung neuerer Juristen. Es bleibt nun noch übrig die Gründe unserer Gegner zu prüfen. Das Hauptargument der Ausführung von Cropp aus fr. 25. §. 4. de prob. fällt mit der richtigen und einzig möglichen Erklärung dieser Stelle von selbst weg.

Nächstdem ist ein wichtiges Glied in jener Beweiskette das Vorkommen der Ausdrücke agere, convenire, actio ex chirographo. Fänden sich keine anderen Wendungen der Art, als in den von älteren Romanisten, von Cropp und Endemann ermittelten Stellen, so wäre ein Argument der Art nicht ohne Belang. Bei genauer Betrachtung des juristischen Sprachgebrauchs zerfließt es jedoch in Nichts.

Die römischen Juristen denken bei chirographum, cautio, epistola, instrumentum nicht gerade immer an die Urkunde als körperliche Sache (tabulae chirographi), sondern die Urkunde dient auch als Bezeichnung des darin beurkundeten Geschäfts; — ein Sprachgebrauch der in unserer Muttersprache völlig geläufig ist. So erscheint zunächst ein donare, legare chirographa, als Schenkung des Forderungsrechts, welches dadurch beurkundet wird, bei Julianus fr. 59. de Leg. III.:

**Qui *chirographum* legat, non tantum de *tabulis* cogitat, sed etiam de *actionibus, quarum probatio tabulis continetur;***

bei Ulpian fr. 44. §. 5. de legat. I.:

> Eum qui *chirographum* legat, *debitum* legare, non solum *tabulas*, argumento est venditio; nam quum chirographa veneunt, nomen venisse videtur.

Ulpianus fr. 59. de legat. II.:

> Qui chirographum legat, non tantum de tabulis cogitat, sed etiam de actionibus, *quarum probatio tabulis continetur; appellatione enim uti nos pro ipsis actionibus* palam est, quum venditis chirographis intelligimus nomen venisse; quin etiam, si nomen quis legaverit, id quod in actionibus est legatum intelligitur.

Nicht befremden kann es daher, wenn sich in unseren Quellen auch die Wendung *convenire ex chirographo* findet. Es ist damit gemeint die Klage aus dem negotium, „cujus probatio chirographo continetur". Hieher gehören folgende Stellen:

Paulus V. 12. §. 11. (fr. 2. de fide instr.):

> Quicunque a fisco convenitur, *non ex indice vel exemplo alicujus scripturae, sed ex authentico conveniendus est;* et si contractus fides possit ostendi. Ceterum *calumniosam scripturam* vim *justae petitionis* in judicio obtinere non convenit.

Scaevola fr. 57. pr. de admin. tut.:

> Chirographis debitorum exustis, *ex inventario tutores convenire* eos possunt ad solvendam pecuniam;

wo man doch nicht an einen Litteralkontrakt ex inventario u. s. w. denken wird. Ferner Scaevola fr. 62. pr. mand.:

Maevius *litteris* ad sorores suas factis declaravit, commune futurum, quidquid ad eum ex eventu litis hereditariae pervenisset, neque stipulatio litteras secuta est. Quaesitum est, quum transegerit Maevius, *an ex litteris suis possit conveniri?* Resp. posse (nämlich mit einer actio mandati oder neg. gestorum).

Noch einmal Scaevola fr. 20. de instit.:

L. Titius C. Sejo *cavit* in haec verba: Oct. Terminalis, rem agens Oct. Felicis, Domitio Felici S. Habes penes mensam patroni mei denarios mille, quos denarios vobis numerare debebo pridie Kal. Majas. — Quaesitum est L. Titio defuncto sine herede, bonis ejus venditis, *an ex epistola jure conveniri* Terminalis possit. Respondit: nec jure his verbis obligatum, nec aequitatem conveniendi eum superesse, quum id institoris officio ad fidem mensae protestandam scripsisset.

Wenn also in c. 3. de non num pec. und c. 1. de cond. ob t. caus. gesagt wird: „Ex cautione *convenire*", so folgt daraus zum Beweise eines Litteralkontrakts gar nichts; — um so weniger, als mit cautio auch eine Stipulationsurkunde gemeint sein kann, wie in fr. 47. pr. de pact.:

Emtor praedii viginti *caverat* se soluturum *et stipulanti spoponderat;* postea venditor *cavit* sibi convenisse, ut contentus esset tredecim. — quaesitum est, an omne debitum ex prima *cautione* peti possit? —

Eben so unerheblich ist also c. 3. Th. C. de denunc.:

Exigendae denunciationis locus non erit, quum quis

ad luendum debitum *evidenti chirographo conveniitur.*

Wie *convenire ex instrumentis,* so erscheint auch die Zusammensetzung *petere ex instrumentis* bei Julianus fr. 18. §. 1. de m. c. don.:

Titia chirographa debitorum suorum, donatura illis, Ageriae dedit etc. — quaeritur, si heres summam, *quae debebatur, ex chirographis suprascriptis petat,* vel ipsa chirographa, an exceptione excludi possit.

Scaevola fr. 28. depos.:

XXV nummorum ad ratiunculam meam pervenisse notum tibi facio, quae ne vacua tibi sint, curae habebo. Quaesitum est, *an ex ea epistola usurae quoque peti* possint? Respondi: deberi ex bonae fidei judicio usuras, sive percepit, sive pecunia in re sua usus est (wo wiederum die Nichtexistenz eines Litteralkontrakts hervortritt.)

Diokletian c. 9. ad exhib.:

Si ex quocunque contractu jure debitum te reddidisse probaveris, chirographa tua, *ex quibus jam nihil peti potest,* exhiberi ac reddi jubebit.

Die Titelrubrik Si certum petatur de chirographis Th. C. II. 27. (vgl. II. 29. cod. si certum petatur de suffragiis) kann auch hieher gerechnet werden, und beweist für die Existenz eines formellen Vertrages gar nichts.

Ähnlich erscheint bei Paulus fr. 49. solut. matr. die Wendung: *ex eo instrumento* nihil *exigit* maritus; c. 6. Th. C. de fide test.: *Quum res agatur ex scripto,* aut infirmari scripturam convenit, aut probari. —

Endlich kommt in demselben Sinne auch geradezu eine *actio ex instrumentis* vor:

bei Scaevola fr. 89. pr. de solut.:

Ex *pluribus causis et chirographis* creditor ita cavit: T. Maevius dico me accepisse a C. Titio reliquum omne, ratione posita ejus pecuniae, quam mihi Stichus C. Titii servus caverat. — Quaesitum est, an *ex ceteris chirographis*, quae non Stichus cavit, sed ipse debitor, integra maneat *actio ex reliquis chirographis per ipsum debitorem cautis*; —

bei Diokletian c. 4. de inut. stip.:

*Ex eo instrumento nullam vos habere actionem*, quo contra bonos mores de successione futura interposita est stipulatio, manifestum est.

Diese Wendungen sind schon frühzeitig so geläufig, daß nur in wenigen Stellen genauer angedeutet wird, es sei hier nicht eine Klage *ex instrumento* als causa agendi angestellt, sondern eine Klage aus einer causa „cujus probatio instrumentis continetur". So wird eine *actio constitutae pecuniae* aus einem Schuldschein angestellt

bei Scaevola fr. 31. de const. pec.:

Fecerunt, ut *epistolam* in eos exponat, debitorem sese esse quasi heredem patrui sui confitentem. — Quaesitum est, an *ex scriptura proposita de constituta pecunia conveniri* possit.

So wird eine *actio ex stipulatione* angestellt aus einem *pactum adjectum*, welches den Dotalinstrumenten einverleibt war, bei Paulus fr. 45. solut. matrim.:

Cajus Sejus avus maternus Sejae nepti, quae erat

Digitized by Google

in patris potestate, certam pecuniae quantitatem dotis nomine Lucio Titio marito dedit, et instrumento dotali hujusmodi *pactum et stipulationem* complexus est: si inter Lucium Titium maritum et Sejum divortium sine culpa mulieris factum esset, dos omnis Sejae uxori vel Cajo Sejo avo materno redderetur restitueretur que. Quaero, — an et cui *actio ex hoc pacto ex stipulatione competat?* utrum heredi avi materni ex stipulatu, an nepti?

Wenn jemand auf Grund dieser Stelle behauptete, das römische Recht habe ein besonderes Geschäft Namens „pactum ex stipulatu" gekannt, so würde dies offenbar ein grobes Mißverständniß der Sprache sein. Und doch hat man sich dessen schuldig gemacht in folgender Stelle von Scaevola fr. 17. de doli exc.:

> Pater pro filia dotem promiserat, et pactus erat, ut ipse aleret filiam suam, ejusque omnes; idem homo rusticanus genero *scripsit*, quasi usuras praeteritas ex dotis promissione. Quaesitum est, cum ipse filiam suam exhibuerit, et maritus nullam impensam fecerit, *an ex chirographo ex stipulatu agenti* genero exceptio obstare debeat? Respondit, si (ut proponatur) pater, cum exhiberet, per errorem promisisset, locum fore doli mali exceptioni.

So lautet die unzweifelhafte Florentinische Lesart. Die Konjektur Brenkmanns: ex chirographo *exve* stipulatu und die Haloandrinische Lesart: *an* chirographo ex stipulatu sind wohl nur aus Unkenntniß ähnlicher Wortfügungen entstanden. Neuere Juristen haben aus dieser Stelle eine besondere *actio ex chirographo ex*

*stipulatu* gemacht. Zu dieser actio sucht man dann entsprechende Schuldscheine „chirographa ex stipulatu", nennt diese syngraphae, und verfährt damit nach Belieben! —

Wenn nun aber in den Wendungen donare, legare, emere chirographum; convenire, petere, agere, exigere, actio ex chirographo nicht die Urkunde gemeint ist, sondern das beurkundete Geschäft: so konnte man leicht auch zu der Wendung obligare ex scriptura kommen. Das Schreiben, die Schrift als solche soll hier keine Obligation begründen: sondern es wird die Frage aufgeworfen, ob in der beurkundeten Willenserklärung eine gültige Verpflichtung liegt. Vorsichtiger hätte man sich ausdrücken sollen wie Scaevola fr. 60. §. 4. mand.:

> (Concedo tibi de omnibus meis, ut vis, negotiari: —) quaero an L. Titius *eo nomine conveniri* possit, vel res ejus obligatae essent *propter illa verba epistolae?* Ähnlich c. 5. si cert. pet.

Ungenauer wird zuweilen jedoch geradezu die Frage gestellt, „an ex scriptura obligatio nata sit": z. B. bei Paulus fr. 26. §. 2. depos.:

> Titius Sempronio salutem. Habere me a Vobis auri pondo plus minus decem, et discos duos, saccum signatum ex quibus debetis mihi decem, quos apud Titium deposuistis; item quos Trophimati decem; item ex ratione patris vestri decem et quod excurrit. —

Quaero *an ex hujusmodi scriptura obligatio quaedam nata sit?* Resp. *ex epistola* de qua quaeritur obligationem quidem nullam natam videri, sed probationem depositarum rerum impleri posse.

Ebenso gemeint ist in c. 6. de compens.:

*Scriptura*, qua cautum est accepta quae negas tradita, *obligare* te contra fidem veritatis non potuit.

Callistratus fr. 3. pr. de jure fisci:

Quoties quis neque testamento neque codicillis rogaretur, sed *domestica cautione et chirographo obligaret se* ad praestandum ei, qui capere non potest.

Scaevola fr. 61. pr. de O. et A.:

L. Kalundius recognovi, quemadmodum supra scriptum est. Reliqua a nobis debentur tot illi. Quaero an *C. Sejum obligare potuit?* Resp. Sejum, si alioquin obligatus non esset, *non propter quod ea scriptura, quae proponeretur, interposita sit, obligatum esse.*

Es lag also eine Berechnung vor. Der Schuldner erkennt sie als richtig an. Man könnte fragen ob daraus eine Obligation entstanden sei? — namentlich ob ein constitutum? Dies wird verneint, (weil es am Versprechen fehlt, einer bestimmten Person zahlen zu wollen.) — Am weitesten endlich geht die Wendung in dem Reskript Alexander Severs c. 8. de edendo:

Non oportet *originem petitionis ex instrumentis* ejus, qui convenitur, *fundari;*

wo man doch nicht an einen Litteralkontrakt denken wird! Wenn man, wie es von den Gegnern geschieht, einige solcher Stellen herausnimmt und isolirt hinstellt, ohne dies Gebiet völlig zu übersehen, so wird und kann das Streiten über den Litteralkontrakt nie aufhören.

Nach Beseitigung dieser Argumente bleibt nur eine wirklich zweifelhafte Stelle übrig: c. 6. Th. C. de denunc. (2. 4.)

Arcadius, Honorius et Theodosius (a. 406.)
Si quis debiti, quod vel ex foenore vel mutuo data pecunia sumsit exordium *vel ex alio quolibet titulo in litterarum obligationem facta cautione translatum est,* seu fideicommissi dirigat actionem vel quodlibet interdictum efflagitet, seu inofficiosum arguat testamentum vel tutelae seu negotiorum gestorum actionem intendat, ruptis denunciationum ambagibus, inter ipsa cognitionum auspicia rationem exprimere, ac suas allegationes jubeatur proponere, denunciatione et temporum observatione remota, quam in ceteris civilibus causis quarum tamen aestimatio centum solidorum summam excedat, volumus custodiri.

Mark Aurel hatte neben der älteren Form der Einleitung des Prozesses durch vadimonia eine einfachere durch denunciatio gesetzt. Der Kläger sollte vor Zeugen, seit Konstantin vor einer öffentlichen Behörde, den Prozeß ankündigen, und den Beklagten durch diese Mittheilung der causa agendi in Stand setzen, sich zweckmäßig zur Vertheidigung vorzubereiten. Einige Monate nach dieser Ankündigung traten die Verhandlungen vor Gericht ein. Was indessen so an Einfachheit der Form gewonnen wurde, ging durch die Länge der Frist verloren. Daher hob schon Valentinian im Jahre 371. die Denunciation auf: cum quis ad luendum debitum evidenti chirographo convenitur. (c. 3. eod.) Noch umfassender ist die vorliegende Konstitution. Sie hebt bei den kleineren, einfacheren, dringenderen und bei gewissen bevorzugten Rechtsstreitigkeiten die Denunciation auf. Dazu wird gerechnet jedes *„debitum quod ex quolibet titulo facta cautione in litterarum*

*obligationem translatum est.*" Cautio kann hier entweder eine Stipulationsurkunde sein, oder ein einfacher Schuldschein. Welche von beiden Deutungen vorzuziehen sei, darüber kann nur der Zusammenhang entscheiden, und selbst dieser läßt die Entscheidung zweifelhaft.

1. wenn man an eine Stipulationsurkunde denkt, so scheint dafür zu sprechen die Wendung in litterarum obligationem *translatum*, die sonst öfter von Novationen gebraucht wird; ferner die ratio legis: bei klaren inkontestabelen Forderungen soll die denunciatio wegfallen. Dahin gehören nun aber Forderungen aus einer Stipulationsurkunde unzweifelhaft, während einfache Schuldscheine auch Forderungen aus zweiseitigen und vielfach anfechtbaren Geschäften umfassen können. Wenn nun gesagt wird, eine solche Schuld sei durch Ausstellung einer cautio in eine *litterarum obligatio* übertragen: so kann damit nicht eine förmliche obligatio litteris contracta gemeint sein. Denn die Stipulationsurkunden machen quellenmäßig immer nur eine *verborum* obl., und Justinian scheidet im Institutionentitel de litt. obl. die Stipulationsurkunden ausdrücklich als solche aus, die keine *litterarum*, sondern eine *verborum obligatio* bewirken, wie dies selbst von Cropp zugestanden wird. Warum heißt es in der Konstitution also nicht in *verborum* obligationem translatum est? Aus dem einfachen Grunde, weil diese Bezeichnung nicht genügt hätte. Denn da cautio technisch auch eine mündliche Stipulation bedeutet, so hätte es an einer nachdrücklichen Bezeichnung gefehlt dafür, daß nur schriftliche Stipulationen gemeint sind. Daher liegt der Nachdruck auf *litterarum* obligatio. Diese Zusammensetzung kommt zwar sonst in unseren Quellen nicht vor;

sie ist aber sprachlich zulässig (s. oben S. 345), und neue Bildungen der Art dürfen uns im Konstitutionenlatein des fünften Jahrhunderts nicht befremden. Eine Zweideutigkeit oder Verwechselung mit einer wirklichen obl. litteris contracta war dabei nicht zu befürchten. Denn an die alte obligatio per codices accepti et expensi dachte im fünften Jahrhundert wohl Niemand; und ebenso wenig an den erst durch deutsche Juristen entdeckten neuen Litteralkontrakt.

2. Wenn cautio dagegen einen einfachen Schuldschein bezeichnen soll: so scheint dafür zu sprechen, daß man nach c. 3. h. t. schon früher die denunciatio wegfallen ließ, quum quis ad luendum debitum *evidenti chirographo* convenitur; was man der Wortfassung nach auch auf einfache Schuldscheine beziehen kann. Ferner ließe sich dafür folgendes Motiv geltend machen. Ein Hauptzweck der denunciatio war ohne Zweifel auch der, den Gegner mit der causa agendi bekannt zu machen. Dieser Zweck einer editio actionis war offenbar dann leichter erreicht, wenn Kläger einen Schuldschein mit einem Bekenntniß des Beklagten über Entstehung der Schuld in Händen hatte. Sprachlich ist eine solche Erklärung zulässig. Weder transferre, noch obligatio in diesem Sinne, sind im Theodosischen Koder unerhört. Acta in publica momenta *translata* kommen c. 55. Th. C. de haeret. vor. Schon oben ist ferner c. 1. Th. C. si cert. pet. angeführt: si manum suam quidem fateatur obnoxius, sed nihil sibi numeratum pro *hac obligatione* caussetur. *Debitum in litt. obl. translatum* ist also so viel als *in chirographum redactum*, und im Konstitutionenlatein des fünften Jahrhunderts darf dies so sehr nicht befremden.

Zweideutig war der Ausdruck, wie erwähnt, deshalb nicht, weil eine obl. litteris contracta damals nicht bestand. (So hat auch Jakob Gothofredus, ebenso auch die Interpretatio jene Stelle verstanden.) Ja es fehlte eigentlich an einem andern scharfen Ausdruck, um zu bezeichnen, daß es eine schriftliche Obligation sein solle. Denn ein *debitum facta cautione in chirographum redactum* wäre noch härter gewesen; — *debitum in cautionem redactum* zweideutig, da cautio auch eine Stipulation heißt; — *debitum in chirographum redactum* zwar genügend, aber bestimmter und schärfer wurde durch cautio ein vom Schuldner an den Gläubiger ausgestellter Schein bezeichnet, während chirographum jede Handschrift begreift. Wollte man auch diese Deutung verwerfen und annehmen, die Kaiser hätten aussprechen wollen, daß jeder Schuldschein eine wirkliche litterarum obligatio ausmache: so ließe sich dagegen erinnern daß

a) hier gewiß nicht der Ort war, etwas über die formelle Wirkung der cautio zu sagen. Die denunciatio soll wegfallen, wo ein Schuldschein da ist. Nur auf die Schrift kommt es dabei an, nicht auf die formelle Kraft der Obligation. Denn sonst müßte die denunciatio doch auch bei mündlichen Stipulationen cessiren. Die *litterarum* obligatio konnte hier also nur beiläufig erwähnt werden. Eine solche nur denkbare, beiläufige Erwähnung kann nun aber nicht in Betracht kommen gegen die bestimmtesten Zeugnisse vom Gegentheil.

b) denkt man an eine wirkliche litt. obl., so muß man eine solche auch bei jeder *cautio* annehmen, ein jedes debitum ex mutuo vel foenore vel *quocunque* alio titulo in litt. obl. transfertur: — man kann die

Stelle nicht bloß (wie Eudemann thut) als Beweis des Litteralkontrakts aus Darlehnsschuldscheinen aufführen. Sie ist dann offenbar ganz allgemein.

Jeder Erklärer dieser Stelle wird von ihrer Zweideutigkeit zuletzt an die Urtheilskraft seiner Leser appelliren müssen, ob jene gegen die (im vorigen §.) entwickelten Gründe irgend in Betracht komme.

Diese Stelle, isolirt betrachtet, ist also die einzige wirklich zweifelhafte und schwierige. Die Stelle von Gajus, auf welche man sich endlich noch beruft, ist eher ein Beweis des Gegentheils III. 134:

> Praeterea litterarum obligatio fieri *videtur* chirographis et syngraphis, id est si quis debere se aut daturum se scribat; ita scilicet si eo nomine obligatio non fiat; quod *genus obligationum proprium peregrinorum est.*

Hieße es hier *magis* proprium est peregrinorum oder ähnlich, so könnte man allenfalls mit Cropp übersetzen: dieser Litteralkontrakt sei seinem Ursprung nach ein Institut der Peregrinen und bei diesen am häufigsten im Gebrauch. So wie die Stelle aber einmal lautet, heißt sie: ein solcher Litteralkontrakt ist den Peregrinen eigenthümlich. Wie dies bestimmter und schärfer hätte ausgedrückt werden können, weiß ich nicht. Statt zu übersetzen: die chirographa scheinen (videntur) einen Litteralkontrakt zu machen, der aber (quod) den Peregrinen eigenthümlich ist; — dreht man die Wortfassung um: das chirographum macht einen Litteralkontrakt u. s. w. Man bedenkt dabei nicht daß

a) videtur esse wohl mit ciceronianischer Urbanität für est gebraucht wird: daß an diese Feinheit indessen in einer Stelle des Gajus nicht zu denken ist;

b) daß quod einen ablehnenden Übergang ausdrückt, — echt lateinisch statt quod autem;

c) daß *proprium* est eine ausschließliche Eigenthümlichkeit bezeichnet, und Redensarten wie die: er gehöre seinem Ursprung und häufigerem Gebrauch nach mehr den Peregrinen an, — nicht in der Stelle enthalten sind.

## §. 6.

## II. Litteralkontrakt durch syngraphae.

Obwohl die so eben angeführte Stelle des Gajus den Litteralkontrakt durch „syngraphae et chirographa" bestimmt, als den Peregrinen eigenthümlich, aus dem jus civile ausweist: so hat man die syngrapha doch nicht aufgegeben. Diejenigen, welchen der Beweis eines Litteralkontrakts durch chirographa aus den Pandekten etwas bedenklich schien, halfen sich durch die Annahme, daß ein besonderer formeller Vertrag durch syngraphae später von den Peregrinen aufgenommen sei. Daß in unseren sämmtlichen Juristenfragmenten, im Theodosischen und Justinianischen Codex nicht einmal das Wort syngrapha vorkommt, hinderte nicht. Wo man das Wort cautio in Stellen, die für diese Ansicht zu passen schienen, vorfand, erklärte man cautio kurzhin für eine syngrapha. Statt anderer erinnere ich hier an die Ausführung von Glück. (XII. 130. 131.) Die syngrapha sei eine von beiden Theilen (?) unterschriebene (?) Urkunde mit einer stipulationsähnlichen (?) Formel. Ein Beispiel davon enthalte die berühmte L. Lecta, fr. 40. de R. C.: et haec recte dari stipulatus est N. N. spopondit etc. Aus einer solchen syngrapha entspringe die actio ex chirographo

ex stipulatu fr. 17. pr. de doli exc. — Eine solche sei im Theodosischen Codex gemeint mit den Worten: debitum facta *cautione* in *litterarum obligationem* translatum; — und wo sich sonst irgend eine anscheinend verworrene Stelle z. B. bei Theophilus vorfindet, wird sie auf die syngrapha bezogen. — Diese Ideen sind einfach durch folgende negative Betrachtungen zurückzuweisen:

1. Da syngraphae in unseren Rechtsquellen nicht vorkommt: so ist es eine Willkühr die „cautio" damit zu identifiziren.

2. Wenn die fr. 40. de R. C. angeführte Stipulationsurkunde eine syngrapha sein soll: so fiele dieser Litteralkontrakt schon deshalb weg, weil nach den bestimmtesten Zeugnissen die Stipulationsurkunde keine litterarum sondern eine verborum obl. macht. (Abh. III. §. 2.)

3. Wenn syngrapha einen einfachen Schuldschein ohne Stipulationsklausel bezeichnen soll, so fiele sie mit den „cautiones, epistolae, chirographa" unserer Rechtsquellen zusammen. Da die letzteren aber nach den bestimmtesten Zeugnissen keine litt. obl. machen, (Abh. IV. §. 4.) so kann man ihnen auch dadurch nicht eine stärkere Wirkung verschaffen, daß man sie syngraphae nennt.

4. Nur ein Ausweg bleibt hier übrig: die syngrapha ist weder eine Stipulationsurkunde noch ein Schuldschein, wie er in unsern Rechtsquellen vorkommt: sondern eine unbekannte (griechische) Geschäftsform. Hier hätte man wenigstens die unbekannte Form ermitteln müssen; und wenn sie zu ermitteln wäre, würde sie ein Peregrinen-Kontrakt sein. Die Möglichkeit einer solchen Annahme werde ich in der fünften Abhandlung prüfen.

Ein dem römischen Recht angehöriger Litteralkontrakt ist aber jedenfalls die *syngrapha* nicht.

## §. 7.

## III. Litteralkontrakt durch Wegfallen der exceptio n. n. p.

Wenn aus den römischen Schuldscheinen ein Litteralkontrakt nicht zu entwickeln ist, wenn die syngraphae noch weniger zum Nachweis eines solchen dienen: so bleibt noch ein dritter Ausweg, eine litterarum obligatio durch Hülfe der *exc. n. n. p.* zu Stande zu bringen. Es steht nämlich fest, daß der Aussteller eines Darlehnsschuldscheins seine Behauptung *(querela)*, Valuta nicht erhalten zu haben, durchaus binnen zwei Jahren anbringen muß, daß er also nach Ablauf der Frist zahlen muß, auch wenn er nichts erhalten hat. Diese Wirkung hat man ebenfalls unter den Gesichtspunkt eines Litteralkontrakts gestellt; obwohl die Meinungen der Rechtslehrer hier nach drei verschiedenen Richtungen hin auseinandergehen[1]).

---

1) Vgl. darüber die Seite 4—6. angegebene Litteratur. Zu der hier folgenden Ausführung sind besonders zu vergleichen:

I. für die Annahme einer *obligatio mere civilis* Lauterbach a. a. O. §. 45—55. Cocceji a. a. O. qu. 18. 20. 21. und die dort citt. Ferner der Sache nach übereinstimmend: Schulting a. a. O. S. 162. a. Cropp und Endemann.

II. Keine *litt. obl.* aus dem Schuldschein, wohl aber eine *litt. obl.* wegen der eigenthümlichen Wirkung des Wegfalls der *exc. n. n. p.* nehmen an: die Glosse zu fr. 2. de R. C. Donellus a. a. O. S. 249. 250. 200. Waich a. a. O. S. 582—82. und citt. Glück Bd. 12. S. 133—139.

III. Weder eine *litt. obl.* aus dem einen noch aus dem

I. Nach der einen Ansicht ist während der Dauer der exc. n. n. p. eine obligatio mere civilis vorhanden, welche nach Ablauf der Frist zu einer civiliter et naturaliter wirksamen Verpflichtung wird. Ich hebe hier zunächst die Ausführung Cocceji's hervor:

Überall sei eine litt. obl. durch Skriptur vorhanden, wo jemand die Absicht habe sich durch die Schrift zu obligiren: fr. 38. de O. et A. Die Schuldscheine, welche eine exc. n. n. p. zulassen, seien nur Beispiele davon. Die causa eines Darlehnsschuldscheins sei nicht gerade die Zahlung, sondern die spes accipiendi. Der Schuldschein wie die stipulatio, sei jedoch inanis ohne eine reelle causa praecedens. fr. 2. §. 3. de doli exc. Wie durch Stipulation, so könne auch litteris unter Abwesenden ein formeller Kontrakt und eine condictio ex litteris entstehen. Auch aus einem Kaufkontrakt entstehe daher z. B. eine litterarum obligatio: „sed id actum sit." pr. J. emt. c. 17. de fide instr. — Noch bestimmter erscheint diese Parallelisirung des Schuldscheins mit der Stipulation bei Lauterbach: „Numeratio modo est causa impulsiva, ipsa autem scriptura et promissio scripta fundamentum actionis". Die exc. n. n. p. hindere nur die Wirksamkeit des Litteralkontrakts. Dieser sei und bleibe ein formeller Vertrag; wie die Stipulation eine verborum obli-

---

andern Grunde: Avezan de contr. a. a. O. S. 34. 35. Laugsdorf de contr. et pact. II. §. 7. et citt. (Bachov, Stryk.) Maier a. a. O. S. 75. Menken a. a. O. §. 20. Marezolt Ztschr. für Civilr. und Proz. III. S. 262. 267. Vinnius quaest. p. 80. cit. und Comm. Inst. S. 736. Pfeiffer a. a. O. S. 156 — 58. 164. 165. Meurer „Leichenrede auf den neueren Litteralkontrakt" a. a. O. Abh. III. v. Savigny System V. S. 531.

gatio bleibe, troß einer entgegenstehenden doli exceptio. §. 2. J. de exc. fr. 2. §. 3. de doli exc. Causa efficiens *remota* des Litteralkontrakts sei das jus civile positivum, causa *proxima* die scripta confessio. Dieser contractus chirographarius sei eine einseitige obligatio *stricti juris*, die Klage daraus eine condictio ex chirographo. Dabei müsse jedoch der Schuldschein das Versprechen der Zahlung, und nicht bloß ein Empfangsbekenntniß der Valuta erhalten; in welchem Falle er nur als Beweismittel anzusehen. So lange die exceptio n. n. p. dauere, sei obligatio *mere civilis* da: trete die numeratio hinzu, werde der Aussteller civiliter und naturaliter litteris obligirt: laufe die Frist der exc. n. n. p. ab, so trete eine litt. obl. mixta ein; eine vera, wenn wirklich gezahlt worden, eine ficta, wenn nicht.

Diese Auffassung fällt im Wesentlichen mit der genaueren und mehr quellenmäßigen Darstellung von Cropp zusammen, und findet mit dieser ihre Widerlegung in dem Obigen.

**II.** Eine zweite Ansicht leugnet das Vorhandensein einer formellen Obligation aus dem Schuldschein an sich: findet eine solche aber in der Unanfechtbarkeit des Schuldscheins nach Wegfall der exc. n. n. p. Hieher gehört z. B. die Glosse zu fr. 2. de R. C.: Es werde durch den Darlehusschuldschein nach Ablauf der Frist ein „mutuum *civile*" kontrahirt. Aber das einzige und eigentliche Fundament dieser Obligation sei „in litteris." — Noch unzweideutiger Donell:

Der Aussteller des Scheins wird zu zahlen gezwungen; also ist er obligirt. Seine Verpflichtung ist nicht re eingegangen; denn er hat die Valuta nicht erhalten, —

also ist er litteris verpflichtet, denn es giebt nur vier causae obligationum: re, consensu, verbis, litteris. — Doch läßt sich nicht leugnen, daß die Klage des Gläubigers ex mutuo angestellt wird.

Walch führt aus: man müsse eine litterarum obligatio annehmen, weil, wo keine Valuta gezahlt worden, eine re contracta obligatio nicht vorhanden sei, und weil bei einer gewöhnlichen Darlehnsobligation doch die Zahlung der Valuta bewiesen werden müsse; während es hier auf einen solchen Beweis gar nicht ankomme.

Unverkennbar liegt diesen und ähnlichen Ausführungen, z. B. bei Glück, die theoretische Ansicht zu Grunde, von welcher die justinianischen Kompilatoren ausgegangen sind. Tribanian nämlich sagt unter der Rubrik der Institutionen de litterarum obl.:

Olim scriptura fiebat obligatio, quae nominibus fieri dicebatur, quae nomina hodie non sunt in usu.

Nachdem mit dieser Bemerkung der eigentliche Litteralkontrakt beseitigt ist, fährt er fort:

Plane (indessen) si quis debere se scripserit, quod ei numeratum non est, de pec. minime num. post multum temporis exceptionem opponere non potest; hoc enim saepissime constitutum est. Sic fit, ut hodie, dum queri non potest, scriptura obligetur; et ex ea nascitur condictio, cessante scil. verborum obligatione. Multum autem tempus in hac exceptione antea quidem e principalibus Constitutionibus usque ad quinquennium procedebat. etc.

Gewiß hat selten ein Diener seines Herren Worte genauer umschrieben als Theophilus:

„Die nominum obligatio ist heute nicht mehr im Gebrauch. Doch wenn jemand genauer darauf achtet (εἴ τις ἀκριβέστερον κατανοήσει), so findet sich noch heute die obligatio litteris in einer anderen Gestalt. Wenn ich nämlich mir von Jemanden einen Schuldschein ohne Stipulationsklausel ausstellen lasse (ἐπερώτησις δὲ οὐκ ἐνετέθη) vor Auszahlung der Valuta, so fragt sich, ob nach Ablauf der Frist der exc. n. n. p. der Aussteller belangt werden kann? Wir werden sagen: aus einem Realkontrakt kann er nicht beklagt werden, denn es ist keine Zahlung geschehen. Ebenso wenig aus einer verborum obligatio. Es bleibt also nur übrig, daß er litteris verpflichtet sei. Und siehe, so wird noch heute jemand litteris verpflichtet".

**III.** Diese Auffassungsweise wird nun aber von vielen älteren und neueren Romanisten verworfen. Natürlich gehören hieher diejenigen, welche überhaupt, wie Meurer, die Unanfechtbarkeit des Schuldscheins leugnen, und den Schuldner mit seiner Behauptung des Nichtempfangs der Valuta auch nach Ablauf des biennium zulassen. Aber auch die Anhänger der richtigen Ansicht sind zum großen Theil darüber einverstanden, daß diese Nichtanfechtbarkeit noch keinen wirklichen Litteralkontrakt ausmache. Da nun aber doch der Schuldschein mehr als gewöhnliche Beweiskraft hat, so sind die Meinungen über die juristische Behandlung dieses Mehr nicht ganz einig.

Avezan bemerkt: Der Ablauf der Frist der exc. n. n. p. begründe kein Recht, sondern eine Präsumtion. Ähnlich sei die Vermuthung, welche durch langjährige Zinszahlung für das Vorhandensein einer Zinsverpflichtung entstehe; ähnlich die bei Ausstellung einer Stipulationsurkunde: „omnia solemniter esse acta"; ähnlich die Vermuthung

der Wahrheit einer Thatsache nach Ableistung eines Eides im Prozeß. Wenn auch die Zahlung fingirt werde, so müsse man dies doch so auffassen: litteris non obligatio contrahitur, sed obligationis contractae praesumtio efficitur". Äußerstenfalls würde eine solche Verpflichtung nicht litt. obl. sondern obl. ex lege sein.

Nach der Auffassung von Vinnius giebt es zwei Arten von Obligationen, wahre und präsumtive. Zu letzteren rechnet er die oblig. ex judicato, ex confessione in jure, ex jurejurando und unsern Fall. Auch dies sei ein solcher wo die Zahlung „pro veritate accipitur".

Maier argumentirt negativ so: Die Obligation sei und bleibe aus einem Darlehnskontrakt. Nur diese Absicht, (sich re, nicht aber litteris zu verpflichten) drücke der Schuldschein aus: nur dies liege wirklich in der Absicht der Kontrahenten. Wie könne durch Ablauf der Frist ein Darlehnsgeschäft plötzlich in ein anderes übergehen, wie der Gläubiger sich ohne Einwilligung des Schuldners die causa obligationis einseitig ändern?

Pfeiffer faßt die Wirkung des Schuldscheins als Extinktivverjährung der querela n. n. p. auf; wie an einer andern Stelle auch Vinnius.

Marezoll bemerkt: des Theophilus Darstellung beruhe auf einer Verwechselung desjenigen, was faktisch geschehen ist, mit demjenigen, was juristisch als geschehen angenommen werden müsse. Faktisch sei freilich die Zahlung vielleicht nicht erfolgt, wohl aber juristisch; und es verhalte sich damit wie z. B. in dem Falle, wo rechtskräftig erkannt ist, daß ein Darlehn gegeben worden, obgleich in der That kein Darlehnskontrakt vorliegt.

Am ausführlichsten spricht sich gegen die Annahme

eines solchen Litteralkontrakts Meurer aus, der freilich die Unanfechtbarkeit des Schuldscheins überhaupt leugnet. Er bemerkt:

„Wenn jemand ein chirographum über Geld ausstellt, das ihm nicht gezahlt wird, so ist von seiner Seite weder ein ausdrücklicher, noch ein stillschweigender Wille, sich zu verpflichten, da. Nun aber bekanntlich kein Kontrakt ohne Konsens! — Allein (könnte man einwenden) der Konsens könnte nach Verlauf der gesetzlichen Frist, binnen welcher die exceptio n. n. p. hätte eingewandt werden sollen, hinzu — kommt hinzu, sobald die Gesetze sagen:

Si tacere elegerit (is, qui chirographum interposuit) palam est, voluisse, vel si non accepit pecuniam, omnino eum aut suos reddere heredes —!

„Gut. Wenn dies auch die Gesetze gesagt hätten, so hätten wir doch immer nur einen fingirten, keinen wahren Konsens, — allenfalls also noch einen Quasi-Kontrakt, aber keinen wahren Kontrakt. Allenfalls sagten wir: denn es läßt sich nicht beweisen, daß die Gesetze zum Distinktiv-Charakter den Quasi-Kontrakten, einen Konsens fingirt hätten. —

„Kommt man über die Stelle der Institutionen mit einem Kopf, der von der Idee eines wirklich existirenden Litteralkontrakts präoccupirt ist, so — liest man diese Idee auch gleich im Gesetz. Olim scriptura fiebat obligatio, heißt es ja darin ausdrücklich, quae nominibus fieri dicebatur (und solche nomina enthielten einen wahren Kontrakt) — et hodie (quoque) dum queri (quis) non potest de pecunia minime numerata post multum temporis, fit ut scriptura obligetur — warum sollte das nicht auch ein wahrer Kontrakt sein?

„Darum nicht — weil es keiner sein kann, und die Worte des Gesetzes eine andere Auslegung zulassen. Das erstere ist schon bewiesen; das letztere beweisen wir nunmehr. Vor dem Ablauf des gesetzlichen Termins, binnen welchem die exceptio n. n. p. eingewandt werden kann, wird das Chirographum (wie sich wohl sagen läßt) pro non scripto angesehen. So bald aber der Termin verflossen ist, ändern sich die Umstände plötzlich: was vorher Nichts war, wird nun auf einmal Etwas, und zwar ein solches Etwas, welches eine Kondemnation veranlassen kann, wenn auch gleich keine Schuld vorhanden ist. Das vorher von allen rechtlichen Wirkungen entblößte Chirographum, welches sich nun auf einmal in einem so ganz entgegengesetzten Lichte zeigt, scheint also den Ausdruck zu rechtfertigen, daß es nunmehr verbindend geworden ist, oder daß es nunmehr vim obligandi erhalten hat. Fehlen wir denn nun, wenn wir Tribonian im bemerkten Paragraph der Institutionen diese simple Meinung, die bei weitem noch nicht die Existenz eines Litteralkontrakts in sich schließt, beilegen? —

„Diejenigen werden behaupten, daß wir fehlen, die zwischen der Entstehungsart einer Obligation, und einem bloßen Beweis dieser Entstehungsart, zu unterscheiden wissen. Sie werden behaupten, daß das Chirographum nach dem Verlauf des Termins, auf welchen die exceptio n. n. p. eingeschränkt ist, zwar ein Beweismittel für die Numeration, aber nicht ein Grund der Obligation wird. Also eine Frage: Was ist billiger — Tribonian einen schlechtgewählten Ausdruck, oder einen unsinnigen Gedanken aufzubürden? — Uns dünkt das Erstere.

„Gesetzt auch, daß es nicht vollkommen schicklich wäre, aus einem Chirographum, welches nur durch ap. rer. arg.

scrip. ius. impugnirt werden kann, eine Obligation abzuleiten: so könnten doch wenigstens diejenigen nichts dagegen einwenden, die sogar einen Litteralkontrakt darauf bauen wollen — (und thun das nicht fast Alle?) Hier ist handgreiflicher Unsinn: dort aufs höchste nur twilight zwischen vollkommener Schicklichkeit und einigem Schein des Unschicklichen. Genug wenn wir Tribonian vom Vorwurf des ersteren befreien. —

„Allein nun fragt es sich, ob denn auch der Ausdruck: obligatio ex scriptura, der Nomenclatur des römischen Rechts gemäß ist? — Allerdings ist er's. Wir haben hier eine Obligation, deren faktische Quelle unter die varias causarum figuras des Gajus gehört: man kann sie also entweder ex lege, oder ex facto obligatorio ableiten. Das factum obligatorium ist hier die Skriptur. Wo also das Unschickliche, wenn wir von einer obligatione ex scriptura reden? — eine Obligation, die ihren Grund in einer Skriptur hat, disjunctiv, oder auch cumulativ, ex scriptura, oder (und) ex lege herzuleiten — darin sehen wir nichts unschickliches. —

„Daraus aber, daß Tribonian unter dem Recensus der Kontrakte noch einen Titel von Litteralkontrakten hat, darf man nicht schließen, daß zu Justinians Zeit noch ein solcher existirt haben müsse. Auch mit dem älteren Recht mußte die cupida legum juventus, für welche die Institutionen bestimmt waren, bekannt gemacht werden. Genug, wenn nur zugleich (wie in dem angeführten Titel wirklich geschehen ist) der Nichtgebrauch des älteren Rechts und die Ähnlichkeit noch subsistirender neuerer Rechte bemerkt wurde. Vielleicht hat auch der Vorgang des Cajus, welchen sich die Verfasser der Institutionen hauptsächlich zum Muster

genommen hatten, die Einrückung eines Titels von Litteralkontrakten noch befördern helfen."

— Soweit Meurer. Ich füge schließlich eine gelegentliche Bemerkung v. Savigny's hinzu (System V. 531.):

Daß in den Institutionen eine *condictio* ex scriptura erwähnt werde, solle schwerlich eine Neuerung sein. Denn in allen Fällen dieser Art sei ohnehin eine condictio, (meist aus einem Darlehn) vorhanden, und das Neue betreffe nicht die Natur der Rechtsverhältnisse selbst, sondern nur den Beweis der streitigen Thatsachen. Es wäre daher eine ebenso gezwungene als unfruchtbare Ansicht, wenn man von jener Verjährung an die alte condictio (aus dem Darlehn) als untergegangen, und eine neue (aus der Schrift) als an ihre Stelle tretend ansehen wollte.

Ich trete diesen Ausführungen ihrem negativen Theile nach unbedenklich bei. Die Auffassung der Unanfechtbarkeit des Schuldscheins als Litteralkontrakt dürfte schon deshalb inkonsequent sein, weil die Kompilatoren den Fall einer Stipulationsurkunde als einfaches Beweismittel auffassen. §. 2. J. de exc. und Theophilus eod. Auch in unserm Titel ist die Annahme eines Litteralkontrakts mehr als Nothbehelf für den einfachen Schuldschein angedeutet: „cessante scilicet verborum obligatione."

Nicht unbedenklich ist mir jedoch die Pfeiffersche Ansicht von einer Extinktivverjährung der querela n. n. p. Dabei liegt wohl die alte Idee von einer actio n. n. p. zu Grunde. Weder die Usukapion noch die Klageverjährung gleicht den hier eintretenden Wirkungen; auch kann man dadurch leicht zu dem schon von Pfeiffer angedeuteten Gedanken kommen, daß es heute der bona fides zu dieser Verjährung bedürfe. Passender sind wohl die Analo-

gien der **res judicata**, der **confessio in jure**, des **jusjurandum**. Auch könnte man die Wirkung derjenigen vergleichen, welche im gemeinen Prozeß eintritt, wenn der Schuldner die vom Richter gestellte Beweisfrist versäumt hat. Genau paßt freilich keine dieser Analogien, weil die positive Schöpfung der **querela n. n. p.** überhaupt einzig in ihrer Art ist.

Jedenfalls ist der Streit um einen Litteralkontrakt in dieser letzten Gestalt nur theoretischer Natur, ein ziemlich „unfruchtbarer" Streit; der sich für das heutige Recht schon dadurch erledigt, daß der Gerichtsgebrauch die Unanfechtbarkeit des Schuldscheins nach Ablauf der Frist nicht mehr anerkennt.

## §. 8.

## Fortsetzung.

An den angeblichen Litteralkontrakt durch die **exc. n. n. p.** knüpft sich endlich eine praktisch nicht unerhebliche Kontroverse, die erst hier, nach vollständiger Übersicht des Wesens der Schuldscheine, erledigt werden kann, — nämlich die Frage[1]) nach der Natur der *exceptio n. n. p.*

1. Beim ersten Anblick möchte man sie ihrer Wirkung nach für eine Beweiseinrede halten. Dafür erklärt sie auch Reinhardt, ohne einen weiteren Grund hinzuzufügen.

1) vgl. über das Nachfolgende die Litter. S. 4—6.

1. für eine Beweiseinrede ist Reinhardt a. a. O. S. 42. die Recension Heid. Jahrb. 1819. S. 635. und gewissermaßen Unterholzner Schuldverh. I. 72. (cf. Donell p. 197. 202. 219. cit.)

2. für eine wirkliche *exceptio* Cujac. paratitla und recit. sol. h. t. p. 236. 263. 327. Roßhirt Zeitschr. I. S. 365. u. A.

3. für reine negat. Litiskontestation Pfeiffer a. a. O. S. 129—133. 136. 150. 195. pr. Ausf. 153—55. Glück 104. Maier 23—33. 53. 54. 62. 67. Marezoll a. a. O. S. 295 ff. Unterholzner a. a. O. S. 51. Donellus a. a. O. 220. 221.



Unterholzner hält sie für eine Einrede hinsichtlich des Beweises, für eine negative Litiskontestation hinsichtlich des Rechtsverhältnisses selbst, wie dies aus der „Natur der Sache" folge. In einigen Stellen scheint auch Donell zu dieser Ansicht hinzuneigen, ohne sie jedoch auszusprechen und zu begründen.

2. Andere halten sie für eine wirkliche *exceptio*. Einige deuten dies dadurch an, daß sie während der Frist von einer obligatio mere civilis exceptione elidenda sprechen. Alle Älteren nennen sie wenigstens Einrede, behandeln sie so und vergleichen sie mit andern; wie Cujacius, der sie zu den dilatorischen Einreden stellt. Die den Kläger treffende Beweislast erklärt man daraus, daß die exceptio n. n. p. eine Negative enthalte, welche nicht bewiesen zu werden brauche. Danz, Gönner und Andere stellten deshalb eine eigene Klasse „negativer Einreden" auf, die unter den gleichzeitigen Schriftstellern viel Streit verursachten, später aber mit Recht in Vergessenheit gekommen sind. Übrigens ist diese Annahme nicht ohne praktische Folgen. Sieht man sie als eine wahre Einrede an, so muß sie im gemeinen Prozeß bei Strafe des Verlustes gleich der Einlassung beigefügt werden.

3. Seit Meurer und Pfeiffer, welche hier übereinstimmen, pflegt man die exc. n. n. p. als negative Litiskontestation zu behandeln. Die einzelnen Beweisstellen dafür beweisen allerdings wenig; namentlich c. 10. h. t., wo aus der beiläufigen ratio legis: quia *negantis* naturali ratione nulla est probatio, die Natur einer einfachen Negation gefolgert wird. Jedenfalls paßt diese Stelle ebenso gut zur Annahme einer „Beweiseinrede". Auch aus der Stellung unseres Titels läßt sich nichts Bestimmtes her-

leiten. Denn das vierte Buch des Kodex handelt von Obligationen, Beweismitteln, und Exceptionen.

Daß indessen die exc. n. n. p. gegen einfache Schuldscheine keine römische exceptio sein kann, ist an sich klar. Wer, auf Zahlung eines Darlehns belangt, die Auszahlung desselben leugnet, stellt einfach das Fundament der Klage in Abrede. Damit ist indessen die Sache nicht abgethan; und es ist nicht zu billigen, wenn man sich dabei beruhigt hat, ohne eine Lösung der anderweitigen Schwierigkeiten zu versuchen.

Wenn sie nämlich einfache Negation wäre, so widerspricht doch die Zeitbeschränkung dem Begriff einer negativen Streiteinlassung geradezu. Pfeiffer erklärt dies für eine positive Besonderheit. Allein damit ist nichts gewonnen. Dazu kommt, daß unsere Einrede stets und technisch exceptio genannt wird. Alle Wendungen unserer Quellen sind durchaus die den Exceptionen eigenthümlichen: exc. n. n. p. ***opponitur*** (c. 3. c. 14. §. 1. 3. 4. c. 15. h. t. c. 16. de fide instr.), ***objicitur*** exc. n. n. p. (c. 14. pr. §. 2. 4. h. t. c. 16. cit.), ***datur*** (c. 9. h. t.), ***munitus est*** exc. n. n. p. (c. 6. h. t.), ***se tuetur*** exceptione n. n. p. (c. 15. h. t.), ***locum habet*** (c. 5. 16. h. t.), ***competit*** (c. 8. 12. 15. 14. §. 1. 2.), ***uti ea potest*** (c. 7. 14. §. 4. h. t. c. 4. ne fiscus.) — In den meisten dieser Stellen mag freilich an Stipulationsurkunden gedacht sein. Von diesen ist jedenfalls der Name auf die einfachen Schuldscheine übergegangen. Aber sie wird nun doch auch bei diesen technisch exceptio genannt. — Eben so gleichmäßig heißt sie griechisch *παραγραφή*, *ἀντιτιθέναι παραγραφήν*, *ἀντίκειται παραγραφή*, *δίδοται* u. s. w. Ferner nennt sie Justinian in der c. 5. in qu. caus. in integr. rest. ein ***beneficium;*** ein Ausdruck, der doch wohl nicht als

Bezeichnung einer einfachen Negation gelten kann. In der c. 12. h. t. sagen die Basiliken, daß die exc. n. n. p. auch dem Bürgen zustehe, und zwar deshalb, weil der Bürge in der Regel dieselben Einreden habe, wie der Hauptschuldner (ὅτι ταῖς αὐταῖς δικαιολογίαις κέχρηται ὡς ὁ πρωτότυπος). Ähnlich wird in mehren Stellen des Kodex gesagt, daß sie den fidejussores, mandatores, Erben, Gläubigern des Hauptschuldners zustehe, — Bestimmungen, bei welchen doch augenscheinlich an ein besonderes beneficium gedacht wird. Ebenso verlangt man im heutigen Prozeß vom Schuldner, daß er sich darauf ausdrücklich und besonders berufe.

Pfeiffer erklärt dies dadurch: Man habe den Ausdruck *exceptio n. n. p.* gebraucht, weil eine solche Angabe des Schuldners ein qualifizirtes Geständniß enthalte, worin etwas einer Einrede Ähnliches liege. — Maier vermuthet, daß der Ausdruck von der Stipulation beibehalten sei. Überhaupt komme es auf den Namen nicht genau an; eigentlich liege in jeder negativen Litiskontestation eine Art doli exceptio generalis. Der Ausdruck Einrede werde in einem uneigentlichen ungenauen Sinne gebraucht, als irgend ein gegen die Wirksamkeit der Obligation gerichteter Einwurf; so wie man z. B. die exc. non adimpleti contractus eine exceptio nenne, obwohl sie nichts als negative Litiskontestation sei. Auf eine ähnliche Argumentation geräth an einer anderen Stelle Pfeiffer, indem er behauptet, daß viele sogenannte doli exceptiones nur uneigentlich so genannt würden.

Wie läßt sich ferner, bei Annahme einer negativen Litiskontestation, der Umstand erklären, daß der Ausdruck exc. n. n. p. immer nur gebraucht wird, wenn ein

Schuldschein da ist, dem sie opponirt wird? Konsequent will daher Maier auch dann von einer exc. n. n. p. sprechen, wenn der Gläubiger aus einem mündlich kontrahirten Darlehnsgeschäft klagt. — Ferner sucht er sich durch die Annahme zu helfen, die negative Litiskontestation sei dabei die Hauptsache, die Entkräftung der Beweiskraft des Schuldscheins nur Nebensache. Wenn sie dies wäre, welche rechtliche Bedeutung soll denn diese sekundäre Wirkung haben? —

In ähnlicher Weise will Donell zwei Momente in der exc. n. n. p. unterscheiden, eine negatio und eine tuitio. Der Beklagte gestehe zwar zu, daß er den Schuldschein ausgestellt habe und eigentlich demselben Folge leisten müsse, behaupte aber daß dies unbillig sei. Welchen juristischen Charakter diese tuitio haben solle, wird nicht gesagt. — Erst in seiner späteren Abhandlung ist Pfeiffer endlich auf die Idee gerathen, es sei in der exc. n. n. p. gar keine Besonderheit rücksichtlich der Beweisgrundsätze. Die Bestimmung der Schuldscheine sei überhaupt nicht, eine geleistete Zahlung zu beweisen (?), sondern vielmehr nur den Konsens in die Realobligation Seitens des Schuldners darzuthun.

Bei diesem Streit um die Wortbedeutung hätte man billig doch eben die Worte zu Rathe ziehen sollen. Der technische Ausdruck für das Rechtsmittel ist nicht allein *exceptio* n. n. p., sondern auch *querela* n. n. p. — und gerade dann, wenn vom Wesen und der Wirkung des Rechtsmittels die Rede ist, wird querela n. p. vorzugsweise gebraucht. Protestation und Exception erscheinen nur als zwei Anwendungen der querela n. n. p. Man hätte also zunächst fragen sollen, welchen juristischen Charakter hat diese *querela*.

Justinian spricht dabei, wie erwähnt, von einem beneficium. — Theophilus definirt das queri durch: λέγειν· Δεῖξον ὅτι ἀπηρίθμησας. Noch bestimmter lautet die c. 16. (rest.) de fide instrum.:

> Si conventus quis negaverit manum propriam — si quidem ex comparatione is convincatur — non possit habere licentiam *objiciendae exc. n. n. p.*, *ut dicat, quamvis instrumentum factum fuerit, ea tamen quae in eo scripta sunt non fuisse data.* — Si vero tutor est aut curator, dat quidem duplam poenam XXIV aureorum. Is vero, qui sub cura vel tutela est, *possit objicere probationi* (ἀπόδειξις kann jedoch auch einen Schein bezeichnen) *exceptionem non numeratae pecuniae.*

Justinian in nov. 136. c. 5.:

> neque possint hoc in usum assumere et dicere, *quod tametsi instrumenta sive confessiones sive ratiocinia omnia manu sua conscripserint,* aut aliis scribentibus, his subsignaverint, *aurum tamen, quod in iis comprehenditur, datum non sit.*

Ähnlich drückt sich schon die c. unic. Th. C. si cert. pet. aus:

> Sin vero manum quidem suam confitentur obnoxius, sed *nihil sibi numeratum pro hac obligatione* caussetur u. s. w.

Hierzu kommt, daß nach Caracalla's Konstitution die querela n. n. p. wegfallen soll, wenn der Beklagte *fidem cautionis* agnoverit (c. 4. h. t.) — woraus mit Recht zu folgern, daß sie eben ein gegen die fides cautionis gerichtetes Rechtsmittel ist; — ferner daß umgekehrt in der c. 13. h. t., um auszudrücken daß die querela n. n. p.

nicht statt finde, gesagt wird: *confessioni suae stare oportet* mit dem Zusatz: nimis enim indignum, *quod sua quisque voce dilucide protestatus est, id in eundem casum infirmare proprioque testimonio resistere;* — kurz, die querela n. n. p. ist **als ein** *beneficium* **gedacht, durch welches dem Schuldner gestattet wird, sein im Schuldschein enthaltenes Empfangsbekenntniß zu widerrufen** (quod confessioni suae stare non oportet). Hierin liegt die Eigenthümlichkeit des Rechtsmittels. — Ich komme mithin auf die Ansicht zurück, die gleich beim ersten Anblick angemessen, ja nothwendig erscheint. Denn als wahre Einrede kann die querela eben so wenig gedacht werden, wie als reine negative Litiskontestation. Die querela oder exceptio muß aber doch etwas sein. — Als beneficium gegen die Beweiskraft eines Geständnisses steht sie freilich einzig da. Daß aber das ganze Institut wirklich rein positiv ist, habe ich historisch nachgewiesen. Will man die exc. n. n. p. eine **Beweiseinrede** nennen, so schafft man damit nur einen unnützen Namen, da das römische Recht eine ähnliche Beweiseinrede nicht kennt.

Da nun aber auch gegen Stipulationen über ein Darlehnsgeschäft eine exc. n. n. p. stattfindet, so entsteht daraus folgendes sonderbares Verhältniß: Gegen mündliche Darlehnsstipulationen ist sie eine **wahre Einrede**; gegen einfache Darlehnsschuldscheine ein Beweisbeneficium; gegen schriftliche Darlehnsscheine mit der Stipulationsklausel beides zugleich. Bei der bisherigen historischen Behandlung war man dies Verhältniß aufzulösen natürlich außer Stande. Daraus erklärt es sich, warum alle diejenigen, welche ge-

nauer auf die Natur des Rechtsmittels eingingen, sich gegen die so nahe liegende Annahme eines Beweisbeneficiums sträubten.

Ohne Folgen ist dies Resultat nicht. Man hat den Anhängern der richtigen Ansicht vorgeworfen, daß sie zu der Absurdität kämen, den Aussteller des Schuldscheins nach Ablauf des biennium auch dann verurtheilen zu müssen, wenn der Kläger unverschämt oder einfältig genug ist, gleich im Klagelibell anzugeben, daß er Valuta des Schuldscheins nicht bezahlt habe. Man hat darauf nichts zu entgegnen gewußt. Dieser Einwurf erledigt sich aber einfach durch das Wesen der exc. n. n. p. Da sie nun ein Beneficium gegen das im Schuldschein enthaltene Geständniß ist, so kommt sie mit ihren Wirkungen und Nebenwirkungen gar nicht in Frage, wenn der Kläger selbst die Nichtzahlung gesteht! Hierin liegt die oben versprochene Lösung dieser Schwierigkeit.

## §. 9.
## Verhältniſs des sogenannten neueren zum alten Litteralkontrakt.

Das Wesen der alten nominum obligatio durch die Hausbücher, die Beschaffenheit der letzteren und das Verhältniß dieses formellen Vertrages zu seiner causa liegt außer den Grenzen dieser Abhandlung. Seitdem v. Savigny[1]) dieser Lehre eine feste Grundlage gegeben hat, ist dieselbe noch in mehren Monographieen mit mehr oder weniger Erfolg behandelt[2]). Wenn wir in der bisherigen

1) v. Savigny über den Litteralkontrakt der Römer, Abh. d. Berl. Akad. d. Wissensch. 1819. S. 289. ff. — 2) Zuletzt: H. Schüler die litt. obl. des alten römischen Rechts. Breslau 1842.

Darstellung die römischen Schuldurkunden als selbstständige, mit den rationes accepti et expensi in keinem innern Zusammenhange stehenden Beweismittel behandelt haben, so sind wir auch darin unseren Quellen gefolgt. Das Wesen der alten nominum obligatio steht im Wesentlichen so weit fest, daß:

1. nicht jedes Schreiben, sondern nur das Eintragen in die Hausbücher,
2. nicht ein beliebiges Einschreiben, sondern gerade die Eintragung als *expensum* und *acceptum* den formellen Vertrag ausmacht.

Es ist also dabei nicht eine scriptura überhaupt, sondern eine scripturae *proprietas* gemeint. fr. 2. de O. et A. Wenn bei der stipulatio *verba* als Grund der Obligation genannt werden, so sind damit *certa verba* gemeint, und es wäre wunderlich, wenn man versuchen wollte, alle in unsern Quellen vorkommende mündliche Verträge in einen sogenannten historischen Zusammenhang mit der Stipulation zu bringen, weil dabei eben auch Worte vorkämen. Eben so wunderlich ist es nun aber, überall, wo bei Schuldverhältnissen die Schrift erwähnt wird, an einen nothwendigen oder auch nur wahrscheinlichen Zusammenhang mit jener scriptura zu denken.

Dessenungeachtet kommt noch heute nicht leicht eine neue Idee über die nominum obligatio zum Vorschein, ohne sich sofort mit dem neueren Litteralkontrakt in eine gewisse Konnexion zu setzen. Tribonian, und noch mehr Theophilus, haben das Ihrige gethan, um diesem Zusammenwerfen vorzubeugen. Die alte nominum obligatio wird mit der Bemerkung beseitigt: quae nomina hodie non sunt in usu; der nun folgende Übergang „Indessen

(plane), wenn jemand genauer darauf achtet, so kann man finden, daß noch heute die Verpflichtung durch litterae in einer andern Gestalt vorkommt", drückt deutlich genug aus, daß hier von einem andern Institute die Rede ist. Daraus zu folgern, daß dies Neue in gerader Linie von dem Alten abstammen müsse, ist gerade so logisch, als wenn man z. B. die promissio jurata operarum liberti für einen Abkömmling der Stipulation erklären wollte, weil Worte, Worte und Schrift, Schrift sei.

Seitdem indessen v. Savigny die ältere Ansicht von der Identität der nominum obligatio mit den chirographa siegreich widerlegt hatte: so suchte man den sogenannten neueren Litteralkontrakt wenigstens zum Universalsuccessor der nomina zu ernennen, in der Weise, in welcher sich schon Ältere ausdrücken: „ut ex ipsis reliquiis veteris litt. obligationis nova quidem, si mavis, sed talis exsurgeret, quae illi simillima erat, et cujus non auctores sed testes sunt Institutiones": — ohne zu bedenken, daß die nominum obligatio sich etwa vier Jahrhunderte hindurch neben einzelen Schuldurkunden findet, ohne Andeutung eines Zusammenhangs zwischen beiden. Man setzt dabei voraus, daß durch das Wegfallen der nominum obligatio eine Lücke entstanden sei, die durch irgend etwas ausgefüllt werden müsse: während doch die Stipulation ausreichte, um den Litteralkontrakt als Formalakt überflüssig zu machen. Sollte dabei einmal etwas geschrieben werden, so ließ die Stipulation sich leicht in eine Stipulationsurkunde (cautio) verwandeln.

Ich beschränke mich darauf, ein Beispiel aus der neuesten Monographie anzugeben. Danach ist zu unterscheiden zwischen dem Kodex und den eigentlichen rationes dome-

sticae. Jener codex expensi et accepti enthielt eine spezielle Angabe über Entstehung der Schuld. Daneben noch einen besonderen Schuldschein zu verlangen hätte also keinen Sinn gehabt, da der Koder selbst eine Sammlung von Vertragsinstrumenten enthielt. Es war eine Art Chronik, in welche sich ohne Anstoß auch ein fremder Vertrag eintragen ließ. Daher fr. 5. §. 8. commod.: Si tibi codicem commodavero et in eo chirographum debitorem tuum cavere fecisti. — Der spätere justinianische Litteralkontrakt soll nichts sein, als das *arcarium* nomen entkleidet von seiner strengen Form, — ein außer dem Koder vagirender Schuldschein. Bei dem „debitum ex quocunque contractu in *litterarum obligationem* translatum" in c. 6. Th. C. cit. soll noch an einen solchen im Koder eingetragenen Schein zu denken sein, (im fünften Jahrhundert?) — auch in anderen Stellen (wie fr. 25. de prob. fr. 71. pro soc.) werden die dort vorkommenden Stipulationsurkunden für nomina transcripticia erklärt.

Ich gestehe meine vollkommene Unwissenheit über die Form der Eintragung in die Hausbücher. Daß man auch einen Schuldschein, — in Ermangelung einer andern tabella, — in die Hausbücher schreiben und vom Schuldner unterschreiben lassen konnte, wird sich ebenso wenig leugnen lassen, als daß Schuldscheine auch auf Leder, Seide, Papier u. s. w. oder in irgend ein Buch geschrieben werden konnten. Wenn indessen Ulpian sagt:

> Si codicem tibi commodavero et in eo chirographum debitorem tuum cavere feceris:

folgt doch nicht, daß dieser Koder gerade ein Codex accepti et expensi sein muß: vielmehr sagt diese Stelle

wohl nicht mehr, als **Paulus** fr. 17. eod: si *pugillares* mihi commodasti ut debitor mihi caveret, non recte facies importune repetendo; nam si negasses, *vel emissem vel testes adhibuissem.*

Ferner finde ich von älterer Zeit bis in die neuesten Zeiten die Behauptung, es habe gegen die nominum obligatio, oder wenigstens gegen die nomina arcaria eine exceptio n. n. p. *perpetua* stattgefunden, die später irgend jemand aus irgend einem beliebigen unbekannten Grunde auf ein Jahr beschränkt habe[3]); — man erörtert dabei sehr ernsthaft, welche Partei die Beweislast getroffen habe[4]); — Andere wissen sogar, daß bei der alten actio kalendarii (?) eine exc. n. n. p. stattfand[5]). — Ich gestehe auch hierin meine gänzliche Unwissenheit. Soviel aber ergeben unsere Quellen, daß alle und jede Schuldscheine im neueren und römischen Recht Beweismittel, und nur Beweismittel sind, daß also der neuere Litteralkontrakt nicht wohl Nachfolger des alten sein kann, weil jener ein wirklicher Litteralkontrakt, dieser aber keiner ist; daß der letztere vielmehr mit Recht jene „Leichenrede" (freilich in anderem Sinne) verdient, welche **Meurer** mit den Worten schließt:

„Die Personalien, des sogenannten jüngeren Litteralkontrakts können also diese sein. Er hatte einen falschen Gesetzerklärer (welchen? ist unbekannt) zum Vater, und ward von seiner Mutter, der Übereilung, in einer, ebenfalls unbekannten Stunde zur Welt gebracht. Seiner unreinen Geburt ungeachtet schwang er sich dennoch zu

---

3) Z. B. **Merillius** Comment. ad Instit. (1654.) S. 412—414., zuletzt **Schüter** a. a. O. S. 63. — 4) Z. B. **Maier** a. a. O. S. 30. 31. — 5) Bei **Zanger** a. a. O. II. 938.



großem Ansehen. Einigemal traten zwar Stimmen auf, welche den großen Haufen von der leichtgläubigen Ehrerbietung gegen denselben abzubringen suchten: allein kaum hatten sie's gethan, so schrie (Gott weiß warum?) gleich ein halbes Dutzend anderer: man sollte ihn doch bei seiner wohlhergebrachten Würde handhaben. Als man aber demungeachtet, auf gewisse Veranlassungen, anfing, die Geschichte seiner Geburt aufs genaueste zu untersuchen, so starb er, aus Gram darüber, eines hectischen Todes, und — wird in zehn Jahren vergessen sein."

Getäuscht hat sich indessen Meurer theils in den Mitteln, indem man den sogenannten neueren Litteralkontrakt nicht dadurch beseitigen kann, daß man, wie er, mit sophistischen Gründen die Unanfechtbarkeit des Schuldscheins nach Wegfallen der exc. n. n. p. leugnet: — theils in dem Zeitpunkt, von welchem er den „Todestag" des neueren Litteralkontrakts datirt; denn bis heute haben die Versuche einen solchen nachzuweisen, nicht aufgehört.

# V.

## Die

# Syngrapha.

Digitized by Google

## §. 1.

## Die syngrapha als Litteralkontrakt der Peregrinen.

Die Idee eines besonderen römischen Litteralkontrakts durch syngraphae haben wir in der vorigen Abhandlung durch negative Betrachtungen, namentlich durch die Bemerkung zu beseitigen gesucht, daß weder in Juristenfragmenten noch in Kaiserkonstitutionen die syngrapha als römisches Wort oder Institut vorkommt. Seit Salmasius gilt indessen ohne Widerspruch die Ansicht, daß die syngrapha wenigstens ein den Peregrinen eigenthümlicher Litteralkontrakt sei, und diese Ansicht wird jetzt durch die schon oben angeführte Notiz bei Gajus III. 133. direkt bestätigt. Damit scheint diese Frage so weit erledigt zu sein, daß es eben so gewagt als überflüssig scheinen möchte, auch diese Idee als irrig bekämpfen zu wollen. Wenn es nun aber gelänge darzuthun, daß auch diese Ansicht aus einer Reihe sprachlicher und sachlicher Irrthümer zusammengesetzt, durch das mangelnde kritische Talent des Salmasius entstanden, und seitdem durch gemeinschaftliche Thätigkeit der Philologen und Juristen weiter fortgebildet und befestigt sei: so würde diese Ausführung für den Romanisten ein nahe liegendes Interesse haben. So lange nämlich die syngrapha als Litteralkontrakt der Peregrinen gilt, bleibt in ihr eine unversiegliche Quelle neuer Irrthümer. Denn immer bleibt die Frage ungelöst, warum nicht auch hier durch Verschmelzung des jus civile und jus gentium die syngrapha späte r

Eingang gefunden haben und romanisirt sein sollte. Diesen Gedankengang wird man bis heute bei allen Bearbeitern des Litteralkontrakts wiederfinden. Er ist für den denkenden Rechtshistoriker unabweislich.

Unverkennbar liegt der Keim dieses nicht den Peregrinen, sondern dem Salmasius eigenthümlichen Litteralkontrakts in folgendem Zeugniß. Die syngrapha wird bei Cicero sehr häufig als ein gefährliches, gehässiges Geschäft, besonders unter Peregrinen, erwähnt. Zu einer dieser Stellen, in Verr. II. I. 36., giebt der unter des Asconius Namen bekannte Kommentar folgende Erklärung:

> Inter *syngraphas* et cetera *chirographa* hoc interest: quod in ceteris tantum quae gesta sunt, scribi solent: in syngraphis etiam contra fidem veritatis pactio venit, et non numerata quoque pecunia, aut non integre numerata, pro temporaria voluntate hominum scribi solet, *more institutoque Graecorum:* et ceterae tabulae ab una parte servari solent, syngraphae signatae utriusque manu, utrique parti servandae traduntur.

Nach Salmasius[1]) wird die συγγραφή lateinisch durch tabulae, tabellae bezeichnet, auf Wachstäfelchen geschrieben, zweiseitig ausgestellt, und begründet einen Litteralkontrakt; — das χειρόγραφον heißt lateinisch chirographum, cautio, wird auf Papyrus geschrieben, einseitig vom Schuldner ausgestellt, und begründet keinen Litteralkontrakt. Doch soll der lateinische Sprachgebrauch nicht recht gleichmäßig, und gegen die Zeit Justinians eine Art Mitteldiug zwischen

1) Salmasius de modo usur. Lugd. 1639. S. 402. 403. 420. 421. 427. 428. wegen des Namens vgl. Vinnius Comm. zu d. Instit. S. 737.

**syngrapha und chirographum entstanden sein, — eine** Ansicht, welche Wort für Wort auf Mißverständnissen oder Irrthümern beruht.

Bei den Philologen gilt seitdem das χειρόγραφον als ein griechischer (von der συγγραφή verschiedener) Schuldschein. Seit Meier und Schömann bemerkt hatten, daß ein bestimmter Unterschied zwischen beiden aus den griechischen Quellen nicht recht erweislich sei, blieb wenigstens bis jetzt die Idee stehen, daß χειρόγραφον auch einen Schuldschein, namentlich einen Darlehnsschuldschein bezeichne; und man beruhigte sich dabei, daß die Bemerkung des Asconius wenn nicht bestätigt, so doch auch nicht widerlegt sei. — Ich muß dieser Ansicht das erhebliche Bedenken entgegensetzen, daß χειρόγραφον in diesem Sinne überhaupt ein Wort von mehr als verdächtiger Gräcität ist.

Bei den Juristen ferner gilt seitdem ein Litteralkontrakt nach Asconius als ausgemachte Sache, — während jener Pseudo-Asconius kein Interpret aus der Zeit des Nero, sondern in späte, christliche Kaiserzeit zu setzen, und jener Notiz, wegen ihres Widerspruchs mit andern Zeugnissen und in sich selbst, eine ganz untergeordnete Stellung anzuweisen ist.

Die Älteren schon lehren ziemlich übereinstimmend: die syngrapha sei ein besonderer Litteralkontrakt, im Gegensatz der nominum obligatio[2]). Avezan behandelt diese litterarum obligatio durch syngraphae ganz analog der stipulatio[3]). Andere identifiziren sie geradezu mit der alten

2) Z. B. Merillius tit. J. de litt. obl. Chassaneus Alex. Sev. p. 405—408. s. oben. — 3) Avezan de contr. p. 36a. cap. 15. Abh. IV. §. 9.



nominum obligatio. — Auch die Form der syngrapha ist neueren Schriftstellern sehr bekannt. So soll nach Höpfner und Glück die syngrapha ein zweiseitiges Geständniß beider Kontrahenten über das abgeschlossene Geschäft enthalten, während das chirographum ein einseitiges Geständniß des Schuldners enthalte[4]). — Maier[5]) und Glück erklären, wie schon oben erwähnt, die Stipulationsurkunden für gleichbedeutend mit der syngrapha des Asconius. Die Klage aus der syngrapha heiße actio ex chirographo ex stipulatu. fr. 17. de doli exc.[6])

Noch fruchtbarer wurden diese Untersuchungen seit Entdeckung des Gajus. Gans[7]) nimmt für die Zeit des Gajus zwei Litteralkontrakte an:

1. einen civilen, durch die Hausbücher der Römer;
2. einen dem jus gentium angehörigen, durch syngraphae.

Dieser letztere sei jedoch wieder abgekommen, seit schriftliche Stipulationen (cautiones) in Gebrauch kamen. Die Beschreibung des Theophilus über die Eingehung der nominum obligatio sei von jener syngrapha entlehnt. Ebendaraus wird die c. 6. Th. C. de denunc. erklärt.

v. Savigny[8]), welcher diese älteren Ansichten mit Recht verwirft, fand sich — da damals das Zeitalter des Pseudo-Asconius noch nicht ermittelt war — ebenfalls außer Stande, diese Stelle des Kommentators anders zu erklären, als daß er einen wirklichen Peregrinen-Litteralkontrakt durch syngraphae annimmt, und die chirographa et

4) Höpfner Inst. §. 850. — 5) Maier exc. n. n. p. S. 16. 17. — 6) Reines Mißverständniß! s. oben Abh. IV. §. 5. — 7) Gans Scholien zum Gajus S. 419—29. — 8) v. Savigny Abh. d. Akad. 1816—17. S. 289. ff. (Zusatz.)

syngraphae bei **Gajus** III. 133. etwas künstlich durch chirographa *et quidem* syngraphae erklärt, um einen sonst unvermeidlichen Widerspruch zu beseitigen. Ebenso erklärt sich die Ansicht, daß die syngrapha etwas „Wechselähnliches“ habe, aus dem Umstande, daß die Bearbeitungen des griechischen Rechts damals sehr mangelhaft waren.

Gleich entschuldbar ist es, wenn ein Nichtjurist, **Beier**, die syngrapha noch für einen Wechsel hält, und sie für eine Schrift erklärt, in der jemand „se daturum“ — das chirographum für eine Schrift, in welcher jemand „se debere“ schreibe[9]).

Auffallender ist es, wenn z. B. **Cropp** und **Endemann** dem **Pseudo-Asconius** ohne Weiteres Glauben schenken[10]). — Am meisten bewandert in der Biographie der syngrapha ist aber jedenfalls **Kraut**[11]):

Die griechische litt. obl. durch syngraphae sei eine weit bequemere Geschäftsform gewesen, als die römischen Hausbücher. Daher erkläre sich, daß die litt. obl. durch die Hausbücher nie nach Griechenland hinüber kam (wohl aber die syngraphae nach Rom). Im Institutionentitel de litterarum obl. sei bei Beschreibung der exc. n. n. p. gegen Schuldscheine an solche syngraphae gedacht. Denn jene Stelle sei offenbar aus **Gajus** entlehnt, und daher an die dort erwähnten „syngraphae et chirographa“ zu denken. Die exceptio n. n. p. sei gleichmäßig gegen die Stipulationen und gegen die syngraphae eingeführt. Daraus

9) **Beier** excurs. zu s. Ausg. v. Cicero de off. S. 434. 435. — 10) **Cropp** Jur. Abh. cit. S. 338. 339. Auch die Abhandlung von Schüter (de litt. obl. 1842.) S. 57. ff. hat neue Irrthümer — 11) **Kraut** D. de argentariis et numul. S. 100—106. vgl. noch **Rein** Römisches Privatrecht. Leipzig 1836. S. 327. **Wunderlich** D. de litt. oblig. S. 52—64.

lasse es sich erklären, warum der Schuldner nach Ablauf der Frist der exc. n. n. p. *omnimodo* solvere compellitur. Theophilus in seiner Beschreibung der nominum obl. spreche unzweifelhaft von der syngrapha, und davon sei auch in vielen Stellen des justinianischen Rechts die Rede, möge auch das Wort nicht vorkommen. Denn cautio sei schon zu Cicero's Zeit gleichbedeutend mit syngrapha (pro domo c. 50.) Diese Bedeutung des Worts cautio liege auch c. 6. Th. C. de denunciat. zu Grunde; ferner in c. 7. h. t. wo cautio und obligatio erwähnt, und c. 14. pr. h. t., wo contractus für cautio gebraucht werde. Endlich werde c. ult. de pact. conv. „nomen" definirt durch cautio foeneraticia, wobei an die syngrapha zu denken. Es sei unerweislich, wodurch die syngrapha zu Justinians Zeit außer Gebrauch gekommen sein sollte. Der häufige Gebrauch der Stipulation habe sie schwerlich verdrängt, da diese immer wenigstens Gegenwart bei den Kontrahenten voraussetze. Daß die Argentarien noch zu Justinians Zeit sich solche syngraphae ausstellen ließen, zeige nov. 136. c. 5.

Diese Wort für Wort irrige Darstellung möge die Übersicht der bisherigen Ansichten beschließen. Der Pseudo-Asconius selbst verweist auf den Weg, auf welchem allein eine Prüfung dieser Ansichten möglich ist, nämlich auf das griechische Recht („more institutoque Graecorum").

## §. 2.

## Die Geschäftsformen des griechischen Rechts.

Die gewöhnlichen Geschäftsformen des griechischen Rechts bestehen in Zuziehung von Zeugen, Abfassung einer Urkunde, oder in der Verbindung von beidem.

I. Zeugen ohne Urkunden kommen gerade nicht häufig vor; namentlich bei Auszahlung eines Darlehns an den Schuldner[1]); diese Zeugen werden dann vor Gericht zum Beweis der Zahlung vorgeführt z. B. bei Demosthenes:

Θεόδοτος, Χαρῖνος etc. — μαρτυροῦσι παρεῖναι ὅτ' ἐδάνεισεν Ἀνδροκλῆς Ἀπολλοδώρῳ ἀργυρίου τρισχιλίας δραχμάς κ. τ. λ.

bei Lysias[2]):

ὅτι μὲν οὖν ἔλαβε τἀργύριον, καὶ ὡς τοσοῦτόν γε ἐδεήθη δανεῖσαι, ὧν ἐναντίον ἐδόθη, μάρτυρας ὑμῖν παρέξομαι.

Demosthenes[3]) erzählt: es sei üblich, vor einigen Zeugen das Darlehn auszuzahlen. Umgekehrt pflege der Empfänger die Rückzahlung vor vielen Zeugen zu leisten, um sich als zuverlässiger Schuldner zu zeigen und den Kredit zu vermehren. — Aber auch des Beweises halber geschahen solche Rückzahlungen vor Zeugen; oft wählte man dazu einen Wechsler[4]).

Ein Darlehn ohne Zeugen zu zahlen, galt als ungewöhnliches Vertrauen oder ungewöhnlicher Mangel an Vorsicht:

καίτοι σφαλέντος μὲν τούτου, ἀπώλλυτο καὶ τῷ πατρὶ τῷ ἐμῷ συμβόλαιον. Οὔτε γὰρ ἐπ' ἐνεχύρῳ οὔτε μετὰ μαρτύρων ἔδωκεν (der Wechsler Pasion).

Als Besonderheit erwähnt Isokrates[5]) einen Fall, wo bei einer παρακαταθήκη aus Noth weder ein Zeuge, noch

---

1) Aristophanes Nub. 1290.: καὶ μάρτυρες παρῆσαν, ὅτ' ἐδανειζόμην. vgl. Demosth. c. Spud. 1030, 16. (Reiske.) — 2) über öff. Vergehen 589. — 3) c. Phorm. 917, 27. — 4) c. Dionysodor. 1287, 22. — 4) Demosth. c. Timoth. 1185, 11. 5) Isocr. c. Euthyn. c. 4.

ein Sklave zugezogen sei. Nur bei den Wechslern ließ der besondere Glaube ihrer Bücher die Zuziehung von Beweiszeugen als unnöthig erscheinen:

τὰ μὲν γὰρ συμβόλαια τὰ πρὸς τοὺς ἐπὶ ταῖς τραπέζαις ἄνευ μαρτύρων γίγνεται[6]).

Es erscheint dies aber als Besonderheit; und manche andere Stellen zeigen, daß man den Trapeziten nicht immer und nicht unbedingt ohne Zeugen glaubte[7]).

Außer bei Kontrahirung des Hauptgeschäfts werden Zeugen auch bei einzelen Nebenhandlungen zugezogen. Solche besondere Kontestationen erwähnt öfter **Demosthenes**: c. Apatur. 900. 901. fordert der Gläubiger vor Anstellung der Klage in Gegenwart von Zeugen den Bürgen zur Zahlung auf; — in der Rede c. Lacrit. werden vom Schuldner aus einem foenus nauticum bei der Abfahrt aus dem Hafen besondere Zeugen zugezogen, um vor denselben die Erklärung abzugeben, daß die Waaren auf Gefahr des Gläubigers in See gehen. So überhaupt bei Erfüllung von Verbindlichkeiten[8]), bei Aufforderungen zum Vergleich[9]), bei Interpellationen[10]).

Die griechischen Gesetzgeber begünstigten im Ganzen mehr die Kontrahirung durch Urkunden; doch kommen auch spezielle Vorschriften über Zeugen vor. In **Thurii** bestimmte das Gesetz des Charondas, daß Grundstücke in Gegenwart von drei Nachbaren verkauft werden sollten, die theils als Zeugen dienten, hauptsächlich aber eine gewisse Garantie für Erfüllung des Geschäfts geben sollten[11]).

---

6) **Isocrates Trapez.** c. 2. vgl. **Demosth. c. Timoth.** 1186, 8. — 7) z. B. **Demosth.** 1201. — 8) **Demosth.** 869, 9. 915 ult. 1158, 20. — 9) **Lysias Diog.** 908. — 10) **Isaeus Pyrrh.** 19. — 11) **Theophrast.** bei **Stobaeus** Tit. 44. c. 22.



Ein allgemeines Gesetz erwähnt Demosthenes c. Phaenipp. 1042, 21. Phänippus ist mit seinem Gegner beim Gericht vor Zeugen übereingekommen, sich an einem bestimmten Tage Vergleichs halber (περὶ διαλύσεως) einzufinden. Da er ausbleibt, hat er gegen das Gesetz gehandelt:

(παραβέβηκε) νόμον, τὸν κελεύοντα κυρίας εἶναι τὰς πρὸς ἀλλήλους ὁμολογίας, ἃς ἂν ἐναντίον μαρτύρων ποιήσωνται.

Ob hier wirklich an ein ausdrückliches spezielles Gesetz zu denken sei, mag dahin gestellt bleiben.

**II.** Mit der frühzeitigen Verbreitung der Schreibkunst wurde die Aufnahme einer Urkunde über Rechtsgeschäfte γραμματεῖον, συγγραφή, die üblichste Form. Schon die mehr verwickelten Verhältnisse des Verkehrs in handeltreibenden Staaten machten diese Form praktisch nothwendig. Unverkennbar sind die uns erhaltenen Beispiele von mündlichen Verträgen mit Zeugen sehr einfacher Art, Darlehne, deposita u. s. w.; bei komplizirten Verabredungen, wie sie z. B. bei dem foenus nauticum in der Rede wider Lacritus vorkommen, hätte wohl kein Zeugengedächtniß ausgereicht, den Inhalt festzuhalten. Man kann sich daher namentlich in Athen und später in allen Ländern griechischer Bildung den Gebrauch der γραμματεῖα nicht häufig genug denken. Seltener erscheinen sie jedoch als selbstständige Form der Kontrahirung; am häufigsten war vielmehr:

**III.** Die Verbindung der Urkunden mit einem Zeugenbeweise, so daß Zeugen bei Abschließung des Geschäfts, bei der Abfassung und obsignatio der Urkunden

zugezogen, und diese selbst bei einem dritten deponirt wurden. Dies Verfahren gab formell und materiell die größte Sicherheit für beide Kontrahenten: die dabei übliche Vorsicht wirft jedoch kein günstiges Licht auf jene „Graeca fides". Durch die Zuziehung von Zeugen wurde nun die Urkunde ein gemeinschaftliches Beweismittel: während sie an sich natürlich nur gegen den Aussteller beweisen konnte. — Wenn anscheinend damit im Widerspruch Apollodorus[12]) aus den Handelsbüchern seines Vaters Schulden eintrieb, so folgt daraus, wie mit Recht Platner[13]) bemerkt, noch nicht deren vollständige Beweiskraft. Denn auch c. Spud. 1030. 1034. beruft sich der Redner auf γράμματα einer verstorbenen Frau, daneben jedoch auch auf Zeugen und auf den Umstand, daß Spudias die Urkunde anerkannt habe.

Eine wirkliche Ausnahme machen die Wechsler (τραπεζῖται). Sie genossen in der Regel in dem Maaße des öffentlichen Vertrauens, daß man den Eintragungen in ihren Büchern glaubte. Diese Eintragungen (ὑπομνήματα, γράμματα)[14]) werden wie förmliche Schuldurkunden behandelt, von welchen beide Theile auch vor Gericht Gebrauch machen und förmliche Abschriften, wie von den γραμματεῖα, nehmen. Auch werden die Bücher selbst γραμματεῖα genannt[15]).

**IV.** Diese Verbindung von Zeugen und Schrift erscheint so sehr als die gewöhnliche Form, daß man versucht sein könnte, sie für nothwendig zu halten. In einer Reihe von Beispielen kommen jedoch auch Urkunden ohne Zeugen

12) Demosth. c. Phorm. 950. 956. — 13) Platner der attische Proceß II. 352. — 14) Über die Form der Eintragungen Demosth. c. Timoth. 1186, 6. 1193, 2. 1201. c. Calipp. 1236, 20. — 15) Demosth. pro Phorm. 956, 2. c. Timoth. 1197, 1.


Digitized by Google

vor; oder es werden letztere wenigstens nicht ausdrücklich erwähnt. Daß Zeugen ohne Urkunden genügen zeigt der oben angezogene: Νόμος κελεύων κυρίας εἶναι τὰς ὁμολογίας, ἃς ἂν ἐναντίον μαρτύρων ποιήσωνται[16]). — Dies Gesetz wird bei Demosthenes noch einmal erwähnt[17]), und man könnte bei dem Nachdruck, der hier auf die Zuziehung von Zeugen gelegt wird, wenigstens die letzteren für nothwendig halten. An einer dritten Stelle[18]) heißt es zwar ganz allgemein:

— πιστεύοντες τοῖς νόμοις τοῖς ὑμετέροις, οἳ κελεύουσιν, ὅσα ἄν τις ἑκὼν ἕτερος ἑτέρῳ ὁμολογήσῃ, ταῦτα κύρια εἶναι. —

Allein das ὁμολογεῖν kann dem Zusammenhange nach hier ein schriftliches Versprechen bezeichnen.

Ja es ist versucht worden, aus Demosthenes c. Onet. 869, 14. direkt darzuthun, daß die Zuziehung von Zeugen zur Klagbarkeit des Vertrages nöthig sei. — Die Klage gegen Onetor ist eine Interventionsklage. Es ist Exekution in die Grundstücke des Aphobus vollstreckt worden. Dagegen wird ein Pfandrecht geltend gemacht, welches die angeblich geschiedene Frau des Aphobus wegen ihrer dos daran zu haben behauptet: Demosthenes bestreitet, daß eine dos überhaupt bestellt sei, und hält dies ganze Pfandgeschäft für simulirt. Die Gegner können keinen einzigen Zeugen für die Auszahlung der dos stellen. „Wer von Euch Richtern würde aber wohl glauben, daß jemand dem Aphobus eine dos im Betrage von einem Talent ohne Zeugen zahlen würde? einem Menschen, dem nicht leicht jemand

16) Demosth. c. Phaenipp. 1042, 2t. — 17) Demosth. c. Euerg. 1162, 24. — 18) Demosth. c. Dionysod. 1283. 10.

auch vor vielen Zeugen trauen würde? Niemand würde es wagen bei einem solchen Geschäft, geschweige denn mit einem so unzuverlässigen Menschen, keine Zeugen zuzuziehen. Man könnte also billig erwarten, daß dieselben Zeugen, vor welchen Aphobus die Rückzahlung der dos mit Zinsen versprach, auch bei der Auszahlung zugegen gewesen sein würden".

Die Stelle enthält also nur einen Beleg dafür, wie üblich die Zuziehung der Zeugen, und wie die Unterlassung dieser Vorschrift Zeichen eines ungewöhnlichen Vertrauens war. Freilich blieb in Ermangelung von Zeugen nur ein künstlicher Beweis oder Eidesdelation übrig. Es soll nun aber nach dem rhetorischen Wörterbuch ein ausdrückliches Gesetz Solons sein, daß in Ermangelung von Zeugen und Urkunden beide Theile sich den Eid zuschieben dürfen[19]):

κελεύει γὰρ Σόλων, τὸν ἐγκαλούμενον, ἐπειδὰν μήτε συμβόλαια ἔχῃ, μήτε μάρτυρας, ὀμνύναι, καὶ τὸν εὐθύνοντα δὲ ὁμοίως.

Ähnliches schreibt Diodorus Siculus den Gesetzen des Bokchoris zu:

Τοὺς δὲ περὶ τῶν συμβολαίων νόμους Βοκχόριδος εἶναί φασιν. Προστάττουσι τοὺς μὲν ἀσύγγραφα δανεισαμένους, ἂν μὴ φάσκωσιν ὀφείλειν, ὀμόσαντας ἀπολύεσθαι τοῦ δανείου[20]).

Eidesdelation zum Beweise eines depositum kommt schon bei Herodot vor[21]). Überhaupt erscheint die Lehre vom juramentum delatum bei den attischen Rednern förmlich

19) Bekker anecdota 242. — 20) Diod. Sicul. biblioth. histor. I. c. 79. (Dindorf.) — 21) Herodot. VI. 86. vgl. Lucian. Pseudog. c. 30.



ausgebildet. Technische Bezeichnungen für deferiren (διδόναι[22] τὸν ὅρκον), Acceptiren (δέχεσθαι)[23], deserere juramentum (λείπειν)[24] im Gegensatz der Ableistung des Eides[25]), die förmliche Normirung einer Eidesformel vor Gericht[26]), die bei den Erben einer Partei als juramentum de credulitate gefaßt ist (δοκεῖν)[27]), überhaupt die ziemlich häufige Erwähnung des Eides, deuten auf seine praktische Wichtigkeit.

Freilich machte griechische Treulosigkeit dies Beweismittel bedenklich. Demosthenes[28]) zieht daher natürlich Zeugen als Beweismittel dem Eide vor. — An einer andern Stelle erklärt er ein Darlehn ohne Zeugen und Pfand für so gut wie verloren[29]). Als Zaleukus seinen Lokrern die Ausstellung von Schuldscheinen verboten und sie auf Eidesdelation verwiesen hatte, so war die zum Sprichwort gewordene Treulosigkeit der Lokrer Folge einer solchen Vorschrift[30]):

Παρὰ Λοκροῖς τοῖς Ἐπιζεφυρίοις, ὥς φασιν, ἐγένετο Ζάλευκος νομοθέτης· ὃς νόμον ἔθηκε, συγγραφὴν ἐπὶ τῶν δανεισμάτων μὴ γίνεσθαι. Ὅθεν πολλῶν ἀρνουμένων τὰ συναλλάγματα, ἐπὶ ψευδομένων ἡ παροιμία ἐκράτησεν.

In einem Geschäftsverkehr voller Lug und Trug entbehrte man also Zeugen und Urkunden gewiß ungern. Isokrates c. Euthyn. c. 4. erklärt es daher nur als Folge eines

22) Dem. 1279, 15. 995. 1240. 1241. 860, 16. 896, 21. Plato Legg. XII. 948. — 23) Demosth. 995. — 24) Demosth. 1365. 1011. 1240. — 25) Demosth. 1011. — 26) Demosth. 1203, 26. — 27) Demosth. 1240, 1241. — 28) Demosth. c. Aphob. 860, 16. — 29) Demosth. c. Timoth. 1185, 11. — 30) Zenob. proverb. cent. V. 4. (Tom. I. p. 116. Leutsch.)



dringenden Nothfalls, daß weder ein Zeuge noch ein Sklav bei Abschließung des Geschäfts zugezogen sei, und versucht eine Art von Indizienbeweis über das Vorhandensein der Schuld. Die völlige Ungebundenheit der griechischen Richter ging indessen so weit, daß selbst gegen klare Urkunden noch ein Indizienbeweis geführt, und ein Redner wie Isokrates im Trapeziticus c. 14. zuletzt auch dagegen an das merum arbitrium der Richter appelliren konnte:

οὐκ ἂν δικαίως ἐμοὶ μᾶλλον ἢ τούτῳ περὶ τοῦ γραμματείου πιστεύοιτε;

## §. 3.

## Die Geschäftsurkunden des griechischen Rechts.

Vergeblich wird man im griechischen Recht eine Eintheilung der Verträge nach Form oder Inhalt suchen. Der einzige Versuch eines Systems ist bei Aristoteles[1]) die Eintheilung der juristischen Handlungen in erlaubte und unerlaubte; als Beispiele der erlaubten συναλλάγματα werden genannt: πρᾶσις, ὠνή, δανεισμός, ἐγγύη, χρῆσις, παρακαταθήκη, μίσθωσις. Über diese und noch mehre andere Geschäfte kommen Beispiele von Urkunden vor.

1. Über ein rückständiges Kaufgeld werden schriftliche συνθῆκαι gemacht bei Lykurgus c. Leocr. 153. Beispiele vollständiger Kaufurkunden haben wir nur aus der Zeit der Lagiden in den Leydener[2]) und Turiner[3]) Papyrusurkunden, wo namentlich im pap. maximus No. I. ein schriftliches Kaufgeschäft (συγγραφή) erörtert wird;

---

1) Ethic. Nicomach. V. 5. Eudem. IV. 2. — 2) Leemans Papyri Graeci Musei Antiquar. Lugd. (Lugd. B. 1833.) Pap. L. M. N. P. — 3) Papyri Graeci Taurin. ed. Peyron. Taur. 1826., Tom. I. und II.



ferner in der von Böckh [4]) herausgegebenen Rechnutesurkunde (dem anastasyschen Papyrus), — bis herab in die römische Kaiserzeit [5]).

2. Über eine *locatio conductio rerum* erwähnt Demosthenes [6]): συνθῆκαι, καθ' ἃς ἐμίσθωσε Πασίων τὴν τράπεζαν τούτῳ. Aus der späteren Wendung ἐγράφη εἰς τὴν μίσθωσιν und dem sonstigen Zusammenmenhang ergiebt sich, daß hier ein schriftlicher Vertrag gemeint ist, welchen Demosthenes an einem andern Ort noch einmal erwähnt [7]). Einen ähnlichen Fall beschreibt er so [8]):

τιθέμεθα συνθήκας, ἐν αἷς ἥ τε μίσθωσις ἦν γεγραμμένη καὶ λύσις τούτῳ παρ' ἡμῶν ἔν τινι ῥητῷ χρόνῳ.

3. Bei der *locatio conductio operarum*, welche nach griechischem Recht auch auf operae liberales gehen konnte, werden συγγραφαὶ erwähnt bei Xenophon über Dressur eines Pferdes [9]):

χρὴ μέντοι ὥσπερ τὸν παῖδα, ὅταν ἐπὶ τέχνην ἐκδῷ, συγγραψάμενον ἃ δεήσει ἐπιστάμενον ἀποδοῦναι, οὕτως ἐκδιδόναι.

Daran ist auch hier zu denken bei Andoeides, wo Alcibiades den Maler Agatharchus einsperrt und bei sich arbeiten läßt, obwohl dieser seine Dienstleistungen verwei-

4) Aus dem Jahre 104 v. Chr. nach einem facsimile herausgegeben und erklärt v. Böckh. Berlin 1821, später nach dem Original berichtigt von Young; am vollständigsten bei Reuvens lettres sur les papyrus egyptiens. Leide 1830. 4. lett. III. p. 1—16. — 5) vgl. das Tableau bei Reuvens No. 2. 6. 21. 22. 71. — 6) Demosth. pro Phorm. 945, 18. — 7) Demosth. c. Stephan. 1111. — 8) Demosth. c. Pantaen. — 9) Xenophon de arte equitandi II. 2. (Budaeus p. 735.)

gert, da er schon von andern engagirt sei: διὰ τὸ συγγραφὰς ἔχειν παρ' ἑτέρων[10]). Auch über eine turpis causa werden schriftliche Geschäfte der Art öfter erwähnt, namentlich συγγραφαὶ (γραμματεῖα, συνθῆκαι) über Hetäresis und Porneia[11]), ἑταίρησις κατὰ συγγραφὴν bei Pollux[12]); wie auch bei Plautus schmutzige Geschäfte der Art mit Kupplern und Kupplerinnen vorkommen. —

4. Ein *opus locatum* bei Demosthenes: ὥσπερ ἀνδριάντα ἐκδεδωκὼς κατὰ συγγραφήν[13]).

5. Einen schriftlichen Erbtheilungs- und gewissermaßen Societätsvertrag (συνθῆκαι) erwähnt Demosth. c. Olympiodor. 1170, 7.

6. Am häufigsten erscheinen die συγγραφαί über Darlehne[14]). Sie heißen gewöhnlich schlechthin συγγραφαί, aber auch συνθῆκαι, z. B. bei Demosthenes:

— οὐκοῦν δανείσασθαι μὲν τὰ χρήματα ὁμολογοῦσι, καὶ συνθήκας ποιήσασθαι τοῦ δανείσματος[15]).

Die Reden gegen Lakritus und Dionysodorus drehen sich hauptsächlich um solche Urkunden. Man unterschied dabei συγγραφαὶ ναυτικαί im Gegensatz der ἔγγαιοι[16]) und ἔγγειοι, oder συμβόλαια ναυτικά und ἔγγαια[17]). Ein Darlehn ohne Handschrift heißt bei Pollux[18]) χειρόδοτον (τὸ ἄνευ συμβόλου.) Das zinsbare und das un-

---

10) Andocides 120, 2. Ein ägyptischer Papyr. herausg. von W. A. Schmidt. — 11) Aeschines c. Timarch. 160, 17. 164. 8. (vgl. Demosth. 1125, 9. 1353. 1354.) und häufig namentlich in den Komikern. — 12) Pollux VIII. 140. Dindorf. — 13) Demosth. 268, 9. — 14) Auch in den Papyrusurkunden kommen Darlehnsgeschäfte vor; s. das Tableau bei Reuvens No. 45. 63 und unten §. 5. III. — 15) Demosth. c. Phorm. 908, 14. — 16) Demosth. c. Lacrit. 932, 3. Bekker anecd. 283. — 17) Demosth. c. Apatur. 893, 15. — 18) Pollux II. 152.

verzinsliche Darlehn sind zwar nicht, wie im römischen Recht foenus und mutuum, verschiedene Geschäfte. Doch mußten Zinsen ausdrücklich verabredet werden. Daher erscheinen

7. häufig besondere Zinsversprechen in Urkunden, namentlich in den Formularen der συγγραφὴ ναυτική ist dies ein Hauptgegenstand. Aber auch ein Beispiel eines schriftlichen Zinsversprechens von einem rückständigen Kaufgeld kommt bei Lykurg vor[19]). Ein darauf bezügliches ägyptisches Gesetz erwähnt Diodor[20]):

Τοὺς δὲ μετὰ συγγραφῆς δανείσαντας ἐκώλυε διὰ τοῦ τόκου τὸ κεφάλαιον πλεῖον ποιεῖν ἢ διπλάσιον.

8. Schriftliche συνθῆκαι über Rückgabe eines *depositum* bilden den Gegenstand des Trapeziticus von Isokrates.

9. Ein contractus facio ut facias im römischen Sinne wird bei Athenäus[21]) dem Hippokrates zugeschrieben: τοὺς οὖν θεραπευομένους ὑπ' αὐτοῦ τὰς ἱερὰς καλουμένας νόσους, συγγράφεσθαι ἠνάγκαζεν, ὅτι ὑπακούσονται αὐτῷ δοῦλοι περισωθέντες, καὶ ἠκολούθουν.

10. kommen Urkunden auch zur Verabredung von Konventionalstrafen (ἐπιτίμια) vor, z. B. bei Demosthenes: ἔστιν ἐν ταῖς συγγραφαῖς, τριάκονθ' ἡμερῶν αὐτὸν ἀποδοῦναι, ἢ διπλάσιον ὀφείλειν.[22])

Überhaupt werden die ἐπιτίμια ἐκ συγγραφῆς häufig erwähnt.

11. Eine Urkunde über ein Kompromiß enthält die

---

19) Lycurg. c. Leocr. 153. — 20) Diodor. Sicul. cit. I. c. 79. — 21) Athenaeus lib. VI. (bei Budaeus p. 735.) — 22) Demosth. c. Nicostr. 1249, c. Phorm. 915, 1. c. Dionysod. 1291, 5.



Rede gegen Apaturius[23]). Der Gegner hatte sich für die Erfüllung dessen verbürgt, wozu Parmeno durch einen schiedsrichterlichen Spruch verurtheilt werden würde. Es kommt darüber zum Kompromiß (ἐπιτροπή), wobei drei arbitri (διαιτηταί) erwählt und über das Ganze eine Urkunde aufgenommen wird:

> εἰς ἐπιτροπὴν ἔρχονται, καὶ γράψαντες συνθήκας ἐπιτρέπουσιν ἑνὶ μὲν διαιτητῇ κοινῷ Φωκρίτῳ, ἕνα δὲ ἑκάτερος παρεκαθίσατο.

Solche συνθῆκαι über eine ἐπιτροπή werden auch sonst erwähnt[24]). — Harpokration[25]) beschreibt συνθῆκαι über eine ἐπιδιαθήκη, d. h. eine deponirte Sponsionssumme. — Einen Vergleich (ὁμολογία) über eine streitige Gewerbsberechtigung mit sehr spezieller Verabredung einer Konventionalstrafe enthält ein Turiner Papyrus[26]).

12. Häufig verpflichtet sich in der Urkunde zugleich ein Bürge, z. B. bei Demosthenes:

> ὡς ἐν ταῖς πρὸς τὸν Παρμένοντα συνθήκαις ἐνεγράφην ἐγγυητής[27]).

In der Rede wider Lakritus schreibt der Bürge die Urkunde selbst und vollzieht sie mit dem Hauptschuldner[28]):

> Κατὰ τὴν συγγραφὴν ταύτην ἐδάνεισα τὰ χρήματα Ἀρτέμωνι τῷ τούτου ἀδελφῷ, κελεύοντος τούτου καὶ ἀναδεχομένου, ἅπαντ' ἔσεσθαί μοι τὰ δίκαια κατὰ τὴν συγγραφὴν, καθ' ἣν ἐδάνεισα, τούτου αὐτοῦ γράφοντος καὶ συσσημηναμένου, ἐπειδὴ ἐγράφη.

---

23) Demosth. c. Apatur. 897, 1. — 24) Demosth. c. Phorm. 912, 29. Gerichtliche Vergleiche bei Demosth. 978. 1167, 18. 1183, 21. Isocr. Callim. c. 16. ff. Isaeus Dicaeog. 98. 99. 106. — 25) Harpocr. v. Ἐπιδιατίθεσθαι. — 26) Peyron a. a. O. II. 45. — 27) Demosth. c. Apatur. 904, 1. — 28) c. Lacrit. 928, 1.

13. Eine *συγγραφὴ τρόφιτις*, d. h. einen Vertrag über Alimentation eines Menschen gegen Entgelt, enthalten die Turiner Papyrus[29].

14. Im **Trapeziticus c. 12.** wird ein *γραμματεῖον* angedeutet, eine Art **instrumentum plenariae securitatis.** **Pasion** nämlich produzirt statt des echten Schuldscheins eine untergeschobene Urkunde, drs Inhalts, daß die ganze Schuld bezahlt sei und der Gegner keine weiteren Ansprüche an ihn habe. Gewöhnliche Quittungen kamen in den ägyptischen Papyrusurkunden häufig vor.

Schon bei Übersicht dieser Geschäfte wird man sich überzeugen, daß die Bezeichnungen *συγγραφαί*, *γραμματεῖα*, *συνθῆκαι* ziemlich ohne Unterschied gebraucht werden. Von diesen Namen ist indessen noch umständlich zu handeln.

## §. 4.

## Namen der Vertragsurkunden.

Die umfassendste Zusammenstellung derselben giebt **Pollux:**

*Συγγραφὴ, συνάλλαγμα, συμβόλαιον, γραμματεῖον, συνθήκη ἔγγραφος, ὁμολογία ἔγγραφος· ἀπὸ τῆς συγγραφῆς τὸ συνεγράψατο· καὶ κατὰ συγγραφὴν ἐπόρνευσε· καὶ ναυτικὴ συγγραφή· καὶ παρασυγγραφή (παρὰ συγγραφήν? oder παρασυγγράφειν?) παρὰ Δημοσθένει, τὸ ἔξωθέν τι ποιῆσαι τῶν ἐν τῇ συγγραφῇ συμβαθέντων· ἀπὸ δὲ συναλλάγματος συναλλάσσειν· ὥσπερ ἀπὸ συμβολαίου συμβαλεῖν, συμβαλόντες, καὶ συμβόλαιον, συμβεβλημένον ἤδη λέγουσι· καὶ χαρᾶς συμβόλαιον, καὶ φιλίας συμβόλαιον*[30].

---

29) **Peyron cit. II. 69.** — 30) **Pollux VIII. 140. (Dindorf.)**

1. *συγγραφή* könnte etymologisch gerade solche Urkunden bezeichnen, die durch ein *γράφειν* (auf Wachstäfelchen) entstanden sind, — im Gegensatz des Schreibens mit Dinte oder Tusche auf Papyrus. Ein solcher Sprachgebrauch ist indessen nicht erweislich, vielmehr ist *συγγρ.* in dieser Bedeutung eine der üblichsten Bezeichnungen von Vertragsurkunden überhaupt; namentlich über Darlehne, aber auch über viele andere Geschäfte; auch nicht ausschließlich für gewisse Arten von Geschäften, sondern abwechselnd mit *συμβόλαιον*, *συνάλλαγμα*, u. s. w. Mit diesen erscheint sie bei Pollux, Hesychius, Suidas, und in vielen einzelen Stellen der attischen Redner geradezu als synonym. Zusammensetzungen wie: *συγγραφὴν γράφειν*, *συγγραφὴν συγγράφειν*, auch das verbum *συγγράφεσθαι* kommen sehr häufig, namentlich bei Demosthenes, vor; *παρασυγγράφειν*, kontraktwidrig handeln, (nicht aber *παρασυγγραφή*) öfter bei Demosthenes. Im Ganzen wird diese Bezeichnung später jedoch seltener, wie ich unten nachweisen werde.

2. *γραμματεῖον* ist das beschriebene oder zum Beschreiben bestimmte Material, (mit Beziehung auf den Gebrauch des Griffels *γράφειν*). Pollux nennt es daher unter den Schreibmaterialien[31]). Daß man trotz der ursprünglichen Bedeutung von *γράφειν* nicht gerade an Wachstäfelchen dachte, zeigt der Unterschied, welchen Demosthenes zwischen einem *γραμματεῖον λελευκωμένον*, (gebleichtem Papyrus) und dem leichter zu Korrekturen geeigneten *ἐν μάλθῃ γεγραμμένον* macht:

"Ετι τοίνυν κἂν ἀπὸ τοῦ γραμματείου γνοίη τις, ἐν

31) Pollux X. 57. vgl. jedoch auch VIII. 27. 104. Etymologicum magn. (Sylb.) p. 240, 56. 241, 1—11.

ᾧ ἡ μαρτυρία γέγραπται, ὅτι τὰ ψεύδη μεμαρτύρηκε· λελευκωμένου τε γάρ ἐστι καὶ οἴκοθεν κατεσκευασμένου. καίτοι τοὺς μὲν τὰ πεπραγμένα μαρτυροῦντας προςήκει οἴκοθεν τὰς μαρτυρίας κατεσκευασμένας μαρτυρεῖν· τοὺς δὲ τὰς προκλήσεις μαρτυροῦντας, τοὺς ἀπὸ ταὐτομάτου προστάντας, ἐν μάλθῃ γεγραμμένην τὴν μαρτυρίαν, ἵνα εἴτε προςγράψαι ἢ ἀπολεῖψαι βουληθῇ, ῥᾴδιον ᾖ[31]).

Die Definition: γραμματεῖον τὸ πινακίδιον λέγουσιν[32]), ist daher nicht streng auf das Material zu beziehen; denn schon bei **Herodot** bezeichnet es ebensowohl den papyrus[33]); auch kommt ein γραμματεῖον χαλκοῦν bei **Plato** und **Aelian** vor.

Im Gegensatz des γραμματεῖον als Schreibmaterial, bezeichnet γραμμάτιον die Schrift darin: γραμματεῖον ὁ χάρτης, ἢ ὡς τὸ πιττάκιον, γραμμάτιον δὲ ἡ γραφή[34]). — So definirt auch **Suidas**: γραμματεῖον, τὸ συμβόλαιον, — γραμμάτιον δὲ τὸ μικρὸν γράμμα[35]).

Weit gewöhnlicher bezeichnet γραμματεῖον indessen, wie die römischen tabulae, einen **schriftlichen Vertrag**, bei **Pollux**, **Hesychius**, **Cyrillus** und **Eudemus**[36]) als synonym mit συμβόλαιον. **Cyrillus** umschreibt genauer: γραμματεῖον χρέους ὁμολογητικόν. Doch ist die Bedeutung von Schuldschein, Kontraktsurkunde ohne weiteren Zusatz schon den attischen Rednern völlig geläufig[37]) Ebensowohl bezeichnet es schriftliche Zeugenaussagen, Testamente u. s. w.[38]) — Der Gebrauch des Worts läßt sich

---

31) **Demosth.** c. Steph. II. 1132, 7. (Budaeus 250.) — 32) **Bekker** anecdota p. 226, 26. — 33) **Herod.** I. 17. — 34) Schol. zu ep. 13. Joa. Tzetzae. — 35) Ähnlich **Demosth.** 931, 10. γράμματα ἐν συγγραφαῖς γεγραμμένα. — 36) du Cange s. v. συμβόλαιον· χειρόγραφον. — 37) Zahlreiche Beispiele aus den att. Rednern in Steph. Thes. und unten §. 7. — 38) **Demosth.** 1091. u. a.

durch die römische Kaiserzeit, bis spät herab nachweisen. Häufig namentlich bei Theophilus, in den Scholiasten und Basiliken, theils für einfache Schuldscheine, theils für Stipulationsurkunden, tabulae dotales[38]) u. a.

3. γραμματείδιον als Deminutivum von γραμματεῖον wird (wie tabellae und tabulae) ohne merklichen Unterschied gebraucht. Orio von Theben lehrt (s. v. γραμματείδιον): εἰ δὲ ἀπὸ τοῦ γραμματεῖον γέγονε τοῦ σημαίνοντος τὴν μικρὰν δέλτον, διὰ τῆς ει διφθόγγου γράφεται, ὥςπερ γραφεῖον, γραφείδιον. Ἰστέον δὲ ὅτι τινὲς λέγουσι γραμματεῖον τὸ μικρὸν [βιβλίον[39])]· ὁ δὲ Ὦρος τὴν μικρὰν δέλτον.

γραμματίδιον, eigentlich das Deminutivum von γραμμάτιον[40]), wird bei Pollux[41]) und Hesychius statt γραμματείδιον gesetzt. Hesychius[42]) namentlich definirt: γραμματίδιον, τὸ πινακίδιον[43]); und es möchte mißlich sein, wie es Reitz im Demosthenes gethan, überall ειδιον korrigiren zu wollen, wo unzweifelhafte Mss. γραμματίδιον lesen.

4. συνθήκη ist eigentlich eine übereinstimmende Festsetzung. Bei der besonderen Häufigkeit der schriftlichen Verträge wird gewöhnlich gerade an einen solchen gedacht, und in dieser Bedeutung kommt es bei den attischen Rednern abwechselnd mit συγγραφή, und beinahe eben so häufig wie

---

38) Z. B. Theophilus. Inst. II. 20. und in der griechischen Bearbeitung des Titels de Verb. sign. fr. 4. u. 6. p. 965. der Reitzschen Ausg. — 39) add. Etym. Gudianum p. 129, 20. (Sturz.) — 40) Suidas s. v. γραμματεῖον. (Bernh.) — 41) Pollux X. 57. VIII. 104. — 42) Hesychius s. v. γραμματίδιον, δίθυρον. (Alberti.) — 43) vgl. Athenaeus p. 527.

dies vor[44]). Aristoteles Rhet. I. 44. nennt die συνθῆκαι als Hauptbeweismittel (Urkunden) neben Zeugen u. a.

5. ὁμολογία bezeichnet aus demselben Grunde gelegentlich auch einen schriftlichen Vertrag, ohne daß dies im Worte selbst läge; in den Turiner Papyrus wird ein schriftlicher Vergleich so genannt[45]); ξυνθήκη καὶ ὁμολογία kommt öfter bei Plato, ἀνθομολογεῖν für eine Gegenstipulation bei Demosthenes[46]) vor. In der späteren Zeit werden durch ὁμολογία und ὁμολογεῖν die römischen cautiones, namentlich die Stipulationsurkunden, wiedergegeben.

6. συμβόλαιον, contractus, conventio, bezeichnet gewöhnlich den materiellen Inhalt des Geschäfts, negotium, z. B. bei Demosthenes: οἱ χρόνοι, ἐν οἷς τὸ συμβόλαιον ἐγένετο[47]), — ἀπώλλυτο καὶ τῷ πατρὶ τῷ ἐμῷ τὸ συμβόλαιον[48]) — δύο συγγραφὰς ἐποιήσαντο ὑπὲρ τοῦ συμβολαίου[49]), — οὐδὲν ἦν συμβόλαιον, οὐδὲ συγγραφή[50]), — ἄλλου δὲ συμβολαίου οὐκ ὄντος ἐμοὶ πρὸς τοῦτον, οὔτε ναυτικοῦ οὔτ' ἐγγαίου[51]). Man denkt dabei jedoch, namentlich später, auch an ein schriftliches Geschäft, z. B. bei Plutarch; als synonym mit γραμματεῖον steht es bei Hesychius, Suidas, und öfter bei den Scholiasten und in den Basiliken.

7. von συνάλλαγμα gilt ungefähr dasselbe. De-

44) Z. B. bei Demosth. 235, 6. c. Apatur. 897, 904, 1. c. Phorm. 908, 14. 920, 2. pro Phorm. 945, 18. c. Pantaen. 967, 28. c. Stephan. 1111. c. Olympiodor. 1170, 7. 1180. 21. 1181, 15. c. Dionysod. 1284, 17. Isocrates Trapeziticus c. 10. Lycurgus c. Leocr. 153. Aeschines c. Timarch. 161. 162. — 45) Peyron cit. II. p. 45—47. — 46) Demosth. c. Apatur. 894. 24. — 47) Demosth. c. Lacrit. 657. — 48) c. Timoth. 1185, 11. — 49) c. Phorm. 916, 21. — 50) c. Zenoth. 882, 10. — 51) c. Apatur. 893, 15.

mosthenes unterscheidet noch genauer: τὰς συγγραφὰς ἀνειλόμεθα, καὶ τῶν συναλλαγμάτων ἀπηλλάξαμεν ἀλλήλους[52]). Später bezeichnet es zuweilen auch Vertragsurkunden. Namentlich wechseln in den Pariser Papyrus συγγραφή, συμβόλαιον, συνάλλαγμα ziemlich willkürlich.

Während diese letzten beiden Ausdrücke also nur gelegentlich auch schriftliche Verträge bezeichnen, so weist

8. σκυτάλη wieder bestimmt auf eine Urkunde. Diese bekannte spartanische Gestalt der Urkunden wurde nach einer aus guten Quellen geschöpften Notiz bei Photius auch auf Privatverträge angewandt[53]):

Διοσκουρίδης δὲ ἐν τοῖς περὶ τῶν νομίμων, τοὺς δανείζοντας ἐν Σπάρτῃ διαιρεῖν σκυτάλην δύο παρόντων μαρτύρων, καὶ γράφειν τό συμβόλαιον ἐν ἑκατέρῳ τμήματι· — τὸ μὲν ἑνὶ τῶν μαρτύρων διδόναι, τὸ δὲ δι' ἑαυτοῦ ἔχειν. (Letztere Notiz aus Aristoteles.)

9. ἐπιστολή kommt später zuweilen vor, seit man die Briefform auch zu Rechtsgeschäften anwandte; briefliche Anweisungen über Geldangelegenheiten kommen schon in den Komikern vor, auch bei Plautus; ἐπιστολαί in Angelegenheiten öffentlicher Kassen in den ägyptischen Papyren; der technische Name ἐπιστολή für Schuldscheine jedoch häufiger erst in den Basiliken;

10. ebenso ἀσφάλεια erst im späteren Sprachgebrauch, namentlich in den Basiliken, auch als Vertragsurkunde (cautio), häufiger jedoch als Quittung[54]).

---

52) Demosth. c. Apatur. 896, 10. (vgl. 916, 9.) vgl. Etymol. magn. (Sylb.) p. 720, 44. — 53) Photius p. 454. (Porson.) Engere Bedeutung bei Hesychius s. v. συμβόλαιον. — 54) vgl. Hesychius s. v. συμβόλαιον; in der Berliner Papyrusurkunde No. I. (bei W. Ad. Schmidt cit.) ἔγγραφος ἀσφάλεια ein Miethskontrakt.



11. Vom Stoffe hergenommen sind die Benennungen ὁ χάρτης, αἱ πυκταί, τὸ πιττάκιον, welche namentlich in der byzantinischen Zeit öfter vorkommen. Als verschiedene Arten des Schreibmaterials nennt **Pollux**[55]):

βιβλία, χάρτας, πέλλας (?), διφθέρας[56]), γραμματεῖα, γραμματίδια, δέλτους, δελτία· ὡς ἔστιν εἰπεῖν γραμματίδιον δίθυρον, ἢ τρίπτυχον, ἢ καὶ πλειόνων πτυχῶν· ἢ καθ' Ὅμηρον, πίνακι πτυκτῷ. (Ilias XXIV. 169.)

βιβλία und χάρται (einzelne Blätter) deuten eigentlich auf Papyrus; namentlich die letzteren umfassen jedoch gewöhnlich jedes Schreibmaterial; πινακίδια (tabellae) Holztäfelchen; δίθυρα[57]), δίπτυχα[58]), τρίπτυχα von der Anzahl der Blätter oder Tafeln, δέλτοι von der ursprünglichen Form genannt. Natürlich kann gelegentlich auch einmal das Material statt der darauf geschriebenen Urkunde gesetzt werden; häufiger sind χάρτης und πύκται als Urkunden erst in der byzantinischen Zeit.

12. Selten werden die Urkunden nach dem darin beurkundeten Geschäft bezeichnet. So πρόκλησις, eine Provokationsurkunde, bei **Demosthenes**;[59]) in den Basiliken ziemlich häufig ὠνειακά, προικῷα, προικῷα, μισθωτικά u. a.

13. **χειρόγραφον**, obwohl es seit **Salmasius** in den Erörterungen über das griechische Recht eine wichtige Rolle spielt, ist der attischen Zeit unbekannt. Der Zweifel gegen dessen Gräcität bei **Stephanus** ist indessen wohl zu weit getrieben. Es kommt einmal schon bei **Polybius**[60]) vor:

---

55) **Pollux** X. 57. (Dindf.) — 56) **Herodot.** V. 58. — 57) Etymol. magn. Sylb. p. 274, 45. **Pollux** IV. 18. 19. **Hesychius** h. v. — 58) Etym. magn. 278, 56. **Pollux** cit. — 59) ἐγχώρησις in einem Papyr. Peyron. I. p. 36. — 60) **Polyb.** XXX. 8, 4. (Sylb.)

ἐλεγχόμενοι γὰρ κατὰ πρόσωπον ὑπὸ τῶν ἰδίων χειρογράφων καὶ τῶν ὑπουργῶν, οὐ μόνον ἀτυχεῖν, ἔτι δὲ μᾶλλον ἀναισχυντεῖν ἔδοξαν.

Es ist hier die Rede von einer Korrespondenz zwischen einigen Rhodern, Koern und dem Perseus, von denen jene durch ihre eigene Handschrift (χείρ, manus) überführt werden. Obwohl es in derselben Bedeutung bei Dionysius von Halikarnassus[61]) vorkommt, so bemerkt doch Pollux[62]):

Ὑπερίδης δὲ ἐν τῷ ὑπὲρ Λυκόφρονος καὶ τὸ ὑπὸ τῶν πολλῶν ὀνομαζόμενον χειρόγραφον χεῖρα ὠνόμασεν, εἰπών, οὔτε τὴν αὑτοῦ χεῖρα δυνατὸν ἀρνήσασθαι.

Die Bezeichnung ὑπὸ τῶν πολλῶν ὀνομαζόμενον läßt allerdings den Nebensinn zu, daß χειρόγραφον selbst in dieser Bedeutung noch kein unbedingtes Recht in der Schriftsprache gewonnen habe. In derselben Bedeutung erscheint chirographum, wie früher bemerkt, häufig bei Cicero, und im Anfang der Kaiserzeit hat sich aus dem einmal latinisirten Wort die eigenthümliche Bedeutung eines Schuldscheins entwickelt, die (namentlich wegen der Vieldeutigkeit von cautio) mit besonderer Vorliebe gebraucht wurde. Natürlich mußte dieser römische Sprachgebrauch auf den griechischen zurückwirken, und so erscheint denn später, bei dem, bekanntlich in Rom lebenden, Plutarch einmal χειρόγραφον in diesem Sinne:

οὗτοι (die Wucherer) τῶν χειρογράφων καὶ συμβολαίων

---

61) Dionys. Hal. V. 8.; in den Papyr. des britischen Museum kommen in gleichem Sinne die Formen: χειρογρα[μμ]ειάτωσαν und χιρογραφησάτωσαν vor. Forshall cit. p. 36. 40. — 62) Pollux II. 152. (Dindf.)

ὥσπερ πέδων ἐπὶ τὴν Ἑλλάδα κομίσαντες ἀγγεῖα κ. τ. λ. (de evitand. aere alien. c. 4.)
Diese Stelle möchte indessen aus den ersten Jahrhunderten der Kaiserzeit die einzige sein. Vielleicht meint Pollux das χειρόγραφον ὑπὸ τῶν πολλῶν ὀνομαζόμενον gerade in diesem Sinne. Erst viel später kommt χειρόγραφον und ἰδιόχειρον als Schuldschein häufiger vor. Hesychius erklärt es durch συμβόλαιον, γραμματεῖον[63]). In der Konstitution Leo's v. J. 469.[64]) heißt es nach Aufzählung der Vertragsurkunden: „quae ἰδιόχειρα graece vocantur". Selbst in den Basiliken ist χειρόγραφον selten. Es sollte daher wohl überhaupt unter den griechischen Bezeichnungen der besseren Zeit nicht aufgeführt werden[65]).

## §. 5.

## Die Form der Urkunden.

Folgen wir hier der bei den römischen Urkunden beobachteten Anordnung, so ist die Untersuchung

I. über den Stoff der Urkunden auch hier abzulehnen[1]). So wenig das römische Recht selbst bei Testamenten[2]) auf den Stoff der Urkunde sieht, ebensowenig ist

---

63) Hesychius v. χειρόγραφον, ebenso Cyrillus und Eudemus bei du Cange v. συμβόλαιον, χειρόγραφον. — Sidonius Apollinaris carm. XVI. 56. „chirographon illud" nur des Metrums wegen. (epistol. IV. 24. hat er chirographum.) — 64) c. 11. qui potiores. (8. 18.) — 65) z. B. bei Meier u. Schömann Att. Proz. S. 500. beiläufig bei Böckh Staatshaush. I. 141. — 1) Schätzenswerthe Beiträge giebt auch hier W. A. Becker im Charikles. II. 218. ff.; von Älteren vgl. z. B. Montfaucon palaeographia graeca. Par. 1708. p. 1—34. — 2) Vgl. auch noch die Konstitution Konstantins über die Schenkungen in „tabulis aut alia materia" c. 1. Th. C. de donat.

dies im griechischen Recht irgendwie nachzuweisen, oder auch nur wahrscheinlich.

II. Desto wichtiger ist die *obsignatio* der Urkunde und deren Deposition. Welche Rolle diese Obsignationen spielen, ergiebt schon die Weise, in welcher Pollux die Aufzählung der *δικαστῶν ὀνόματα* eröffnet:

*Τῶν δὲ δικαστικῶν ὀνομάτων· γραμματεῖα, διαμαρτυρίαι, διαθῆκαι, ἀντίγραφα, κατεσκευασμένα. καὶ σημήνασθαι, κατασημήνασθαι, σημηνάμενος· ἐπισημηνάμενος δὲ Ἰσαῖος εἶπε. τὸ γαρ παρασημηνάμενος ὁ Θουκυδίδης ἐπὶ τοῦ παρατυπώσασθαι τὴν σφραγῖδα λέγει. εἴποι δ'ἂν τις καὶ ἀπογράψασθαι, καὶ ἀντιγράψασθαι, καὶ ἐνσημήνασθαι*[3]).

Zur Sicherstellung der Echtheit dienen nämlich eine Reihe im Zusammenhange stehender Maaßregeln: die Versiegelung der Urkunde, die Niederlegung derselben bei einem dritten, die Zuziehung von Zeugen bei Abschließung des Geschäfts und bei Niederlegung der Urkunde, und auch wohl die Anfertigung von Abschriften.

a) die Versiegelung erscheint als frühzeitige Sitte in vielfacher Anwendung; z. B. bei Briefen[4]). *Σφραγίς* ist nach Pollux eigentlich das Siegel-Instrument, Siegelring, Petschaft, *σφραγῖδας ἐπισήμου δακτυλίους ὠνόμαζον, τοὺς τὰ σήμαντρα ἢ λίθους ἐν αὐτοῖς ἔχοντας.* Davon die ziemlich willkürlich abwechselnden Bezeichnungen: *σφραγίζω, σφραγῖδα ἐπιβάλλω*[5]), *ἐπισφραγίζω*[6]), *κατασφρα-*

3) Pollux VIII. 27. (Dindorf) — 4) Z. B. Thucyd. I. 132. Xenophon. Cyrop. VIII. 2, 9. — 5) Z. B. Herod. II. 38. Aristoph. Av. 560. — 6) Hesychius *ἐπισφραγίζω=σφραγίζω*



γίζω (nicht ὑποσφραγίζω) für obsignare. — Σημεῖον, σημαίνειν, ἐπισημαίνεσθαι, κατασημαίνεσθαι, παρασημαίνεσθαι (nicht ὑποσημαίνεσθαι) wechseln in demselben Sinne für obsignare. Dabei ist jedoch besonders bei Späteren dieselbe Zweideutigkeit zu beachten, wie bei dem lateinischen signum, signare; so daß es namentlich in gewissen Zusammensetzungen auch auf schriftliche Aufzeichnungen gehen kann[7]).

Man bediente sich zur Versiegelung der Siegelerde, ῥύπος. Herodot erwähnt eine γῆ σημαντρίς[8]), Cicero creta Asiatica; der Gebrauch des Wachses dazu scheint späteren Ursprungs zu sein.

Mit den Siegeln bei griechischen Urkunden, wie bei römischen ist stets ein Verschlußsiegel gemeint. Untersiegelung ist unbekannt. Das Verschlußsiegel aber hat die wichtige juristische Bedeutung, daß es, wie bei uns die Unterschrift, als Hauptkennzeichen der Urkunde gilt. Damit im Zusammenhange stand die solonische Vorschrift, daß derjenige, welcher Siegelringe zum Verkauf arbeite, das Siegelzeichen nicht zurückbehalten dürfe[9]).

Diese wichtige Bedeutung der Obsignation, und die ganze Behandlung der Urkunden, erklärt sich wesentlich mit aus der Beschaffenheit des Schreibmaterials, da sowohl die Wachstäfelchen, als die mit Tusche beschriebenen Papyrusblätter, jeder Art von Fälschung so leicht zugänglich waren, daß auf die Handschrift des Ausstellers überhaupt kein großes Gewicht gelegt werden konnte. Damit im Zusammenhange steht zunächst:

---

7) Z. B. ἐπισημαίνεσθαι sehr häufig bei Plutarch — 8) Herodot. II. 38. ff. 9) Diogenes Laert. I. 57.



b) die **Niederlegung der Urkunden** bei einem befreundeten zuverlässigen Manne, oft bei einem Trapeziten, welcher dann Zeugniß über ihre Echtheit und Unverfälschtheit abzulegen hatte. Irrig erklären **Salmasius** und viele Spätere dies für eine Eigenthümlichkeit der *συγγραφαί*, die überhaupt keine spezielle Art von Urkunden sind. Die Deposition geschieht vielmehr gleichmäßig bei Testamenten und allen Arten von Vertragsurkunden. So kommen in den attischen Rednern folgende Wendungen vor: *γραμματείδιον παρ' ἀνθρώπῳ ξένῳ κείμενον*[10]); — *παρ' ᾧ συγγραφαὶ κεῖνται ναυτικαί*[11]); — *συνθήκας ποιησάμενος καὶ θέμενος παρὰ Λυσικλεῖ*[12]); — *συγγραφὴν ἐθέμην παρὰ Κιττῷ τῷ τραπεζίτῃ*[13]); — *καὶ τὸ μὲν πρῶτον ἐτίθεντο τὰς συνθήκας παρὰ τῷ Φωκρίτῳ· εἶτα κελεύσαντος τοῦ Φωκρίτου παρ' ἄλλῳ τινὶ θέσθαι, τίθενται παρὰ τῷ Ἀριστοκλεῖ*[14]); — noch mitten auf einer Seereise erfolgt eine solche Deposition bei **Demosthenes c. Zenothem. 886, 24.:**

> Πρὸ γὰρ τοῦ διακόπτειν ἐπιχειρῆσαι τὴν ναῦν, τίθενται πρός τινα τῶν συμπλεόντων οὗτος καὶ Ἡγέστρατος βιβλίον συγγραφήν.

Die Deposition erhielt öfter eine spezielle Anweisung wie mit der Urkunde zu verfahren sei:

> Ταῦτα δὲ συγγράψαντες καὶ ἀναγαγόντες εἰς ἀκρόπολιν Πύρωνα Φεραῖον ἄνδρα, εἰθισμένον εἰςπλεῖν εἰς τὸν Πόντον, δίδομεν αὐτῷ φυλάττειν τὰς συνθήκας, προςτάξαντες αὐτῷ, ἐὰν μὲν διαλλα-

10) **Isocr. Trapez.** c. 17. — 11) **Demosth.** c. **Lacrit.** 932, 3. — 12) **Lycurg.** c. **Leocr.** 153. — 13) **Demosth.** c. **Phorm.** 908, 22, — 14) **Demosth.** c. **Apatur.** 897, 11.

γῶμεν πρὸς ὑμᾶς αὐτοὺς, κατακαῦσαι τὸ γραμματεῖον, εἰ δὲ μὴ Σατύρῳ ἀποδοῦναι[15]).

Der Depositar legt sodann vor Gericht Zeugniß ab:

Ἀρχενομίδης Ἀρχεδάμαντος Ἀναγυράσιος μαρτυρεῖ συνθήκας παρ' ἑαυτῷ καταθέσθαι Ἀνδροκλέα Σφήττιον, Ναυκράτην Καρύστιον, Ἀρτέμωνα, Ἀπολλόδωρον Φασηλίτας, καὶ εἶναι παρ' ἑαυτῷ ἔτι κειμένην τὴν συγγραφήν[16]).

In vielen solcher Stellen ist nur vom Depositar die Rede, ohne daß andere außerdem zugezogene Zeugen erwähnt werden. Daß dies allenfalls genügte, zeigt namentlich folgender Fall bei Demosthenes:

Ἐγράψαμεν τὰς συνθήκας...., καὶ μάρτυρας ἐποιησάμεθα περὶ τούτων πρῶτον μὲν τοὺς θεοὺς, οὓς ὠμόσαμεν ἀλλήλοις, καὶ τοὺς οἰκείους τοὺς ἡμετέρους αὐτῶν, ἔπειτ' Ἀνδροκλείδην Ἀχαρνέα, παρ' ᾧ κατεθέμεθα τὰς συνθήκας[17]).

c) Gewöhnlicher war es indessen, außerdem noch andere Zeugen zuzuziehen, um die Abschließung des Geschäfts und die erfolgte Deposition der Vertragsurkunde vor Gericht festzustellen:

Θεόδοτος ἰσοτελὴς, Χαρῖνος Ἐπιχάρους Λευκονοεὺς, Φορμίων ὁ Κηφισοφῶντος Πειραιεὺς, Κηφισόδωρος Βοιώτιος μαρτυροῦσι παρεῖναι ὅτ' ἐδάνεισεν Ἀνδροκλῆς Ἀπολλοδώρῳ καὶ Ἀρτέμωνι ἀργυρίου τρισχιλίας δραχμὰς, καὶ εἰδέναι τὴν συγγραφὴν καταθεμένους παρὰ Ἀρχενομίδῃ Ἀναγυρασίῳ. (Dem. c. Lacr. 927, 21.)

Die Zahl der Zeugen ist nicht bestimmt; gewöhnlich eine ungerade Zahl, 3 oder 5; — seltener 7, so beliebt diese

---

15) Isocrates Trapez. c. 10. — 16) Demosth. c. Lacrit. 927, 15. — 17) Demosth. c. Olympiodor. 1170, 7.

Zahl bei den Römern war[18]). — Drei Zeugen sind am Schluß der in der Rede gegen **Lacritus** vorkommenden *συγγραφή* unterschrieben: Μάρτυρες Φορμίων Πειραιεύς, Κηφισόδοτος Βοιώτιος, Ἡλιόδωρος Πιτθεύς[19]). — Die Platonische Vorschrift (Gesetze XII. 7.), daß eine Bürgschaft in einer Urkunde in Gegenwart von drei Zeugen, oder, wenn der Gegenstand über 1000 Drachmen, von fünf Zeugen kontrahirt werde, ist offenbar von dem im Leben Gewöhnlichen entlehnt. — In den ägyptischen Papyr. kommen gerade Zahlen vor: eine *συγγραφὴ ἐξ μαρτύρων*[20]); bei Käufen eine noch viel größere Anzahl.

d) Endlich dient indirekt zur Kontrolle der Echtheit die Anfertigung von Abschriften, *ἀντίγραφα*. So erklärt **Demosthenes**[21]) es nur durch einen stattgefundenen Tumult, daß sein Klient von dem abgeschlossenen Geschäft keine *ἀντίγραφα* genommen habe: *διὰ γὰρ τὸν θόρυβον — οὐδὲν οὔτ' ἀντίγραφον οὔτ' ἄλλο οὐδὲν ἐποιησάμην τοιοῦτον.* — Natürlich konnte dann eine Fälschung des Originals wenigstens nicht unbemerkt geschehen. Der Hauptzweck der *ἀντίγραφα* bei Verträgen war jedoch der, daß beide Parteien daraus stets den Inhalt des Vertrages gegenwärtig haben und sich danach achten konnten, während das Original verschlossen liegen blieb. Bei Testamenten fiel dies Bedürfniß hinweg:

> *ἄξιον μὲν καὶ τόδε ἐνθυμηθῆναι, ὅτι διαθηκῶν οὐδεὶς πώποτε ἀντίγραφα ἐποιήσατο, ἀλλὰ* **συγγραφῶν** *μὲν, ἵνα εἰδῶσι καὶ μὴ παραβαίνωσι, διαθηκῶν δὲ οὔ*[22]).

---

18) Nicht bloß bei Testamenten, vgl. z. B. **Arneth.** Zwölf Militairdiplome. Wien 1843. **Apocalyps.** V. 1. — 19) **Demosth.** c. **Lacrit.** 925. — 20) Leydener **Papyr.** A. bei **Leemans** cit. S. 2. — 21) **Demosth.** c. **Pantaenet.** 978, 24. — 22) **Demosth.** c. **Steph.** 1137, 17.

Die Anwendung aller dieser in praktischem Zusammenhange stehenden Geschäftsformen zeigt sich nun theils bei Testamenten, theils bei Verträgen, theils bei den Beweisstücken im Prozeß.

1. die *obsignatio* der griechischen Testamente[23]) bietet manche Analogieen mit dem prätorischen Testamente der Römer einerseits, und mit der Behandlung der Vertragsurkunden andererseits dar. Das griechische Testament hat auch später noch manches einem Arrogationsgeschäft Analoges; es wird zu den συμβόλαια gezählt[24]); wie συμβόλαια συγγράφεσθαι, sagt man auch wohl διαθήκας συγγράφεσθαι[25]); jedenfalls ist die äußere Behandlung gleichartig.

Eine Reihe von Testamenten berühmter Männer referirt bekanntlich Diogenes Laertius[26]) wörtlich. Andere Notizen kommen bei den attischen Rednern vor. Ein bestimmtes Schreibmaterial wird nirgends als wesentlich erwähnt. Eben so wenig wird zur Konstatirung der Echtheit auf die Handschrift des Testators Gewicht gelegt; noch weniger kommt eine Unterschrift des Testators vor.

Isäus[27]) stellt mit wenigen Worten die Erfordernisse so zusammen: διέθετο τὴν οὐσίαν ἑτέρῳ, καὶ ταύτην γράμμασιν κατέθετο παρά τισι σημηνάμενος. Der Testator versiegelt also die Urkunde (σημηνάμενος). Daß auch die Zeugen mit versiegelt hätten, wird bei Testamenten eben so wenig wie bei Verträgen erwähnt. Das

23) Darüber Bunsen de jure heredit. Athen. Gött. 1813. S. 66. 72, und unter den Älteren bei weitem am Besten Heraldus animadv. ad jus Att. et Rom. II. c. 5. — 24) Isaeus p. 74. (vgl. 237.) Harpocration h. v. — 25) Z. B. Theophil. Inst. I. 2, 21. — 26) Diog. Laert. III. 41. IV. 44. V. 11. 51. 53. ff. 69. 72. — 27) Isaeus Cleon. 160.



Gegentheil ergiebt, wie ich glaube, Isäus[28]): bei Errichtung des Testaments werde in der Regel den Zeugen vom Inhalt desselben nichts mitgetheilt[29]): ἀλλ' αὐτοῦ μόνου τοῦ καταλιπεῖν διαθήκας μάρτυρας παρίστανται, — daher komme es täglich vor, daß falsche Testamentsurkunden untergeschoben würden, die etwas ganz anderes enthielten, als den Willen des Testators: οὐδὲν γὰρ μᾶλλον οἱ μάρτυρες εἴσονται, εἰ ἐφ' αἷς ἐκλήθησαν διαθήκαις, αὗται ἀπεφαίνοντο. — Erst durch die späteren römischen Vorschriften unter Nero ist diese unvollkommene Form dahin geändert, daß die Zeugen das Testament versiegeln und neben ihr Verschlußsiegel ihren Namen setzen: ut exteriores scripturae fidem interiori servarent[30]) Wie willkürlich bei den Griechen diese Formen gehandhabt wurden, ergiebt die ganze Rede über die Erbschaft des Astyphilos, namentlich folgende Stelle[31]):

εἰ μὲν ὁ 'Αστύφιλος μηδένα ἐβούλετο εἰδέναι ὅτι τὸν Κλέωνος υἱὸν ἐποιεῖτο, μηδ' ὅτι διαθήκας κατελίποι, εἰκὸς ἦν μηδὲ ἄλλον μηδένα ἐγγεγράφθαι ἐν τῷ γραμματείῳ μάρτυρα· εἰ δ' ἐναντίον μαρτύρων φαίνεται διαθέμενος, τούτων δὲ μὴ τῶν μάλιστα χρωμένων ἀλλὰ τῶν ἐντυχόντων, πῶς εἰκός ἐστιν ἀληθεῖς εἶναι τὰς συνθήκας;

Eben deshalb kommt es auch auf die Zahl dieser Zeugen nicht an; meistentheils sind es drei oder fünf, und diese schreiben ihre Namen gewöhnlich wohl nicht in und unter dem Testament, sondern die Zeugennamen stehen auf der Rückseite des Umschlages offen.

---

28) Isaeus Nicostr. c. 4. — 29) Dies bestätigt auch Demosth. 1137, 22. — 30) Paul. Rec. sent. V. 25. §. 6. — 31) Isaeus Astyph. c. 4. (freilich ein testamentum in procinctu.)

Da also das Testament nur mit dem Siegel des Testator verschlossen wurde, so lag die einzige Garantie gegen Fälschung in der Glaubhaftigkeit der Personen, bei denen es deponirt wurde. Eben deshalb **war diese Deposition die Hauptsache.** Gerade darauf wird immer der Beweis der Echtheit in den attischen Reden gerichtet, darüber der Depositar vor Gericht vernommen [31a]). Eben deshalb deponirte der Sicherheit wegen der Testator auch wohl mehre gleichlautende Exemplare bei verschiedenen Personen.

Dieser Vermerk über die Person des Depositar stand auf dem Umschlage z. B. auf dem Testamente **Theophrast's:**

*αἱ διαθῆκαι κεῖνται ἀντίγραφα*[32]) *τοῦ Θεοφράστου δακτυλίῳ σεσημασμέναι· μία μὲν παρὰ Ἡγησίᾳ κ. τ. λ. μάρτυρες* NN.[33]).

Daß *ἀντίγραφον* hier ein Duplikat-Original, und nicht wie sonst eine einfache Abschrift ist, hat wohl mit Unrecht **Heraldus** geleugnet[34]). Offene Abschriften wurden natürlich weder vom Testator gegeben noch von Anderen vor dem Tode desselben genommen[35]). Auch **Isäus** spricht von zwei Originaltestamenten[36]).

Wurde nach dem Tode des Testators das Testament vom Depositar zurückgenommen und erbrochen[37]), so hörte damit der Beweis der Echtheit auf, und eben deshalb pflegte es mit Zuziehung von Zeugen sogleich wieder versiegelt zu werden. Zu diesem Zwecke mußten natürlich die Zeugen **ihre** Siegel darauf setzen (*παρασημήνασθαι*)[38]).

---

31a) Z. B. bei **Demosth.** 946, 10. — 32) **Lys. Diogit.** 896. — 33) **Diog. Laert.** IV. 44. — 34) **Heraldus Animadv.** cit. II. 7. — 35) **Demosth. c. Steph.** 1137, 17. — 36) **Isaeus Philoct.** c. 2. — 37) Das Verfahren dabei **Demosth. c. Steph.** I. 1104. 1105. — 38) **Demosth. c. Aphob.** II. 837. 12. ff.

**Nicht unwesentlich war endlich, daß auf der Vorderseite** des Umschlags der Name des Erblassers als Aufschrift steht: γραμματεῖον ἔχειν, ἐφ' ᾧ γεγράφθαι· Διαθήκη Πασίωνος[39]). — Gerade diese Notiz war wohl regelmäßig eine eigenhändige. Man unterschied dabei, ob die Überschrift nur die Worte: „Testament des Pasion" oder den Zusatz: „für den Phormio" enthielt[40]).

2. Wir gehen nun über zur Anwendung dieser Formen auf Verträge. Gewöhnlich werden auch diese vor Zeugen abgefaßt. Doch ruht der Nachdruck hier auf ganz andern Punkten, als bei einem Urkundenbeweis nach heutigen Begriffen. Wir würden zunächst an die Unterschrift der Parteien unter der Vertragsurkunde denken[41]). Davon ist aber nicht die Rede. Selten wird überhaupt erwähnt, wer die Urkunde geschrieben habe. Die Gültigkeit hing jedenfalls davon nicht ab; denn man legte überhaupt kein großes Gewicht auf die Handschrift[41a]); daher keine comparatio litterarum, kein Diffessionseid: sondern ein Zeugenbeweis, bei welchem die Urkunde mehr untergeordnet wird. Die Zuziehung der Zeugen geschah nicht um festzustellen, wer die Urkunde geschrieben hat, sondern um zu bezeugen, daß die Parteien in die in diesem Auffatz enthaltenen Bedingungen konsentirt haben. Man könnte den Inhalt dieser Verabredungen auch ihrem Gedächtniß überlassen: aber wörtlich getreu konnten sie nur in einer Urkunde bewahrt werden. Es kam nun weiter darauf an, diesen Inhalt gegen Verfälschung zu wahren.

---

39) Demosth. c. Steph. 1106, 26. u. ff. — 40) Demosth. c. Stephan. cit. — 41) So anscheinend auch Meier und Schömann Att. Proz. cit. — 41a) Einzige Stelle bei Pollux s. oben S. 438.

Daher versiegeln die Kontrahenten die Urkunde mit ihrem Siegel; in der Regel wohl beide. Ich erinnere dabei an die Reihe von Stellen, in welchen die Betheiligten als σημηνάμενοι, κατασημηνάμενοι, ἐπισημηνάμενοι erwähnt werden. Auch der Bürge als Nebenkontrahent versiegelte der Sicherheit wegen die Urkunde mit:

Ἐδάνεισα τὰ χρήματα Ἀρτέμωνι, καὶ τούτου ἀδελφῷ, κελεύοντος τούτου καὶ ἀναδεχομένου ἅπαντα ἔσεσθαί μοι τὰ δίκαια κατὰ τὴν συγγραφὴν καθ' ἣν ἐδάνεισα, τούτου αὐτοῦ γράφοντος καὶ συσσημηναμένου, ἐπειδὴ ἐγράφη[42]).

Statt nach späterer römischer Sitte mit zu unterschreiben, versiegelt der Bürge mit. Daß er der Konzipient des Vertrages gewesen, wird nur als Beweismoment für seine Einwilligung geltend gemacht.

Daß außerdem auch die Zeugen mit versiegeln, scheint man als sich von selbst verstehend vorauszusetzen[43]), — und doch glaube ich das Gegentheil annehmen zu müssen, nicht nur wegen des Stillschweigens unserer Quellen, sondern auch wegen mancher indirekten Zeugnisse. Ließ man die Zeugen bei Testamenten nicht mit versiegeln, so war dazu bei Verträgen unter Lebenden offenbar noch weniger Veranlassung. Auch spricht für diese Ansicht das Verfahren bei Öffnung der Vertragsurkunden[44]). Die Ansicht von der obsignatio der Zeugen ist vielmehr wohl nur aus einer Analogie der römischen Urkunden zu den Bearbeitern des griechischen Rechts hinübergekommen, obwohl sie nicht überall paßt.

42) Demosth. c. Lacrit. 928, 1. — 43) Z. B. Meier u. Schömann Att. Proz. 661. — 44) Wegen der Testamentsöffnung s. oben.

Versiegelten nun aber die Kontrahenten, so konnte man in dieser Lage die Urkunde keinem von beiden anvertrauen; denn wie leicht wäre es gewesen ein Siegel nachzumachen! — Daher geschieht die Deposition bei einem Dritten. Diese Deposition ist bei Verträgen wie bei Testamenten die Hauptsache. Sie genügt sogar allein, ohne alle Zeugen bei der Abfassung; sie ist aber auch die einzige Garantie gegen Fälschung; daher, wie oben erwähnt, die besondere Vorsicht bei Auswahl des Depositars, der besondere Ausdruck des Vertrauens, den man darin findet, die häufige Sitte, dazu einen Trapeziten zu wählen. Ganz übereinstimmend damit ist die allgemeine Betrachtung bei Demosthenes[45]):

> πάντες οἱ ἄνθρωποι, ὅταν πρὸς ἀλλήλους ποιῶνται συγγραφὰς, τούτου ἕνεκα σημηνάμενοι τίθενται παρ᾽ οἷς ἂν πιστεύωσιν, ἵν᾽, ἐάν τι ἀντιλέγωσιν, ᾖ αὐτοῖς ἐπανελθοῦσιν ἐπὶ τὰ γράμματα, ἐντεῦθεν τὸν ἔλεγχον ποιήσασθαι περὶ τοῦ ἀμφισβητουμένου.

Mit Unrecht hat man diese vorwiegende Bedeutung der Deposition verkannt, die ja sogar bei dem Testament ohne Zuziehung anderer Zeugen genügen sollte[46]). An ihr hing das Schicksal des Kontrakts. Sie unterblieb selbst nicht bei einer mitten auf einer Seefahrt auf dem Schiff aufgenommenen συγγραφή[47]). — Die Hauptbeweisfrage vor Gericht war daher, ob die Urkunde mit beider Theile Einwilligung deponirt sei. So wird in der Rede gegen Lakritus zum Beweise des Geschäfts

---

45) Demosth. c. Apatur. 904, 2. — 46) s. oben das Testament des Astyphilus. —47) Demosth. c. Zenothem. 886.

a) das Zeugniß des **Archenomides** angezogen, daß beide Kontrahenten: συνθήκας παρ' ἑαυτῷ καταθέσθαι, καὶ εἶναι παρ' ἑαυτῷ ἔτι κειμένην τὴν συγγραφήν.

b) Vier andere Zeugen μαρτυροῦσι παρεῖναι, ὅτ' ἐδάνεισεν 'Ανδροκλῆς 'Απολλοδώρῳ καὶ 'Αρτέμωνι ἀργυρίου τρισχιλίας δραχμὰς, καὶ εἰδέναι τὴν συγγραφὴν καταθεμένους παρὰ 'Αρχενομίδῃ.

Unter diesen vier Zeugen sind auch zwei, welche bei Abfassung der Urkunde zugegen waren. Allein sie werden nicht gefragt, wer die Urkunde geschrieben hat sondern — wie bei **Isäus** die Testamentszeugen nur aussagen, daß der Testator eine Urkunde **als seinen letzten Willen** deponirt habe: so wird auch hier nur bezeugt, daß beide Kontrahenten die Urkunde **als ihre übereinstimmende Willenserklärung** niedergelegt haben. Daneben kommt es nur noch auf Zahlung der Valuta und den materiellen Inhalt der Abrede an. Ähnlich in der Rede gegen **Apaturius**[48]):

Ὅτι μὲν ἐτέθησαν αἱ συνθῆκαι παρὰ τῷ 'Αριστοκλεῖ, καί ἡ ἐπιτροπὴ ἐγένετο Φωκρίτῳ καὶ 'Αριστοκλεῖ καὶ ἐμοί, οἱ εἰδότες ταῦτα μεμαρτυρήκασιν ὑμῖν.

Von einer Rekognition der Zeugensiegel ist auch hier nirgends die Rede; sie wäre aber doch eine Hauptfrage gewesen, wenn die Mitsiegelung der Zeugen wesentlich oder auch nur gewöhnlich war. Daß das Hauptgewicht auf **der Deposition** ruht, zeigt sich ferner auch bei einem Wechsel des Depositars. Erfolgte dieser besonderer Umstände halber, so geschah die Niederlegung **ebenso förmlich** wie das erste Mal, gewöhnlich **mit Zuziehung von Zeugen**[49]).

48) **Demosth.** c. **Apatur.** 897, 16. — 49) **Demosth.** c. **Apatur.** cit.

Eben diese Bedeutung der Deposition zeigt sich bei Aufhebung der συνθῆκαι. Wie der Testator, um sein Testament aufzuheben, vor Zeugen erklärt, daß „sein Testament nirgends mehr deponirt sei": ὡς οὐκέτ' αὐτῷ κέοιτο ἡ διαθήκη[50]), — so geschah auch die Aufhebung des Vertrages durch übereinstimmende Zurücknahme vom Depositar, natürlich vor Zeugen; oder wenigstens durch Erklärung vor dem Depositar (Trapeziten) selbst. Hieher gehört die Äußerung des Demosthenes: ὁμολογήσομεν ἐναντίον τοῦ τραπεζίτου ἄκυρον ποιεῖν τὴν συγγραφήν[51]) — mit dem Bemerken, daß dies sowohl bei einer Abschlagzahlung theilweis geschehen könne (durch Anzeige beim Depositar), oder bei gänzlicher Befriedigung durch völlige Aufhebung. Im Gegensatz davon heißt es: μὴ κινεῖν μηδ' ἄκυρον ποιεῖν τὴν συγγραφήν. Daher pflegte auch einseitig der Kontrahent, der den Vertrag anfechten wollte, durch eine Protestation vor Zeugen dem Depositar zu erklären, daß er den Vertrag nicht mehr als gültig ansehe[52]). — Besondere Zeugen wurden auch bei solchen Akten nur der Vorsicht wegen zugezogen[53]).

Folge dieser Grundsätze war endlich das oft bei Demosthenes erwähnte umständliche Verfahren, um eine Abschrift zu nehmen:

ἐγὼ γάρ... ἠξίωσα ἀκολουθῆσαι ὡς Ἀνδροκλείδην, παρ' ᾧ κεῖνται αἱ συνθῆκαι, καὶ κοινῇ ἐκγραψαμένους ἡμᾶς τὰς συνθήκας πάλιν σημήνασθαι, τὰ δ' ἀντίγραφα βαλέσθαι εἰς τὸν ἐχῖνον[54]).

---

50) Isaeus Cleonym. 39, 40. — 51) Demosth. c. Dionysodor. 1287, 22. — 52) Demosth. c. Olympiodor. 1180. — 53) Demosth. c. Phorm. 916, 9. — 54) Demosth. c. Olympiod. 1180, 21.

Ähnlich an einer andern Stelle:

'Αμφότεροι παρόντες ἀνοίξαντες ἀντίγραφά τ' ἐλάβομεν κἀκεῖνα πάλιν κατασημηνάμενοι παρ' 'Αριστογένει κατεθέμεθα[55]).

Doch konnte auch das Original vor Gericht gebracht und in Gegenwart beider Parteien wieder versiegelt werden:

Συγχωρῶ ἀνοιχθῆναι τὰς συνθήκας ἐνταυθοῖ ἐπὶ τοῦ δικαστηρίου, καὶ ἀκοῦσαι ὑμᾶς, καὶ πάλιν σημήνασθαι ἐναντίον ἡμῶν (die bei Androklides niedergelegte Urkunde).[56])

Man sieht hieraus, wie nach Wiederverschluß der Urkunde durch die Siegel beider Theile, und nach gehöriger neuer Deposition die συγγραφή wieder in die alte Lage kam, — und eben daraus ergiebt sich daß ein Verschlußsiegel der Instrumentszeugen nicht gewöhnlich war; denn sonst hätten diese doch mit zugezogen werden müssen.

Dies ist die griechische Bedeutung der obsignatio und Niederlegung der Urkunde. Ein etwas verschiedenes Verfahren zur Sicherung der Echtheit bot die oben erwähnte spartanische (aber auch außer Sparta vorkommende) σκυτάλη dar. Hier schnitt man die Urkunde im Zickzack durch und gab die eine Hälfte einem der zwei zugezogenen Zeugen, die andere dem Gläubiger zur Aufbewahrung[57]). Auf einen Depositar ist auch hier wesentlich gerechnet.

Wie unvollkommen jedoch alle diese Sicherungsmittel gegen Fälschung schützten, zeigt namentlich der Trapezitikus des Isokrates. Der Wechsler Pasion, der sonst bei Demosthenes als ein Mann von großem Kredit erscheint,

---

55) Demosth. c. Spud. 1034, 15. — 56) Demosth. c. Olympiod. 1181, 15. — 57) Photius cit. p. 388.

besticht die Sklaven des Depositars und verfälscht das von ihm ausgestellte *γραμματεῖον*. Dies wird nachher vor Zeugen geöffnet, und es steht nun darin, daß alle Ansprüche des Gegners aufgehoben seien[58]). In demselben Trapezitikus wird erwähnt, daß selbst die von öffentlichen Beamten versiegelten auf der Akropolis deponirten Urnen geöffnet und deren Inhalt verfälscht worden war. Auch bei Demosthenes läßt sich ein Depositar zu der Angabe gebrauchen, daß das *γραμματεῖον* durch Versehen eines Sklaven verloren sei[59]).

Etwas schwieriger war die Verfälschung der zahlreichen Zeugensiegel im römischen Recht seit Nero. Überhaupt ist, wie bei Testamenten, so auch bei Verträgen der Gegensatz des römischen Rechts unverkennbar. Weder Testament noch Vertrag sind nach römischem Recht auf Deposition berechnet; sie bleiben gewöhnlich in den Händen des Testators, des Gläubigers. Das Siegel dessen, bei dem die Urkunde bleibt, hat daher für Andere nicht die Bedeutung einer Sicherung; daher die Obsignationen hier durch Zeugen geschehen; daher die Rekognition der Zeugensiegel bei der Eröffnung. Sie treten an Stelle der Deposition.

3. Die dritte Hauptanwendung dieser Formen ist die *obsignatio* der Beweisstücke im Prozeß. Um die einzelen Beweismittel in den vor den Richtern gehaltenen Reden bei der Hand zu haben, mußten sie gewöhnlich schon in der Anakrisis schriftlich beigebracht werden. Namentlich werden regelmäßig die Zeugenaussagen schon aufgeschrieben mitgebracht:

*διὰ ταῦτα ὁ νόμος μαρτυρεῖν ἐν γραμματείῳ κελεύει,*

---

58) Isocr. Trapez. besonders c. 12. — 59) Demosth. 898.

ἵνα μήτ' ἀφελεῖν ἐξῇ, μήτε προςθεῖναι τοῖς γεγραμμένοις μηδέν[60]); und nachher noch bestimmter: καὶ τοὺς μὲν πεπραγμένα μαρτυροῦντας προςήκει οἴκοθεν τὰς μαρτυρίας κατεσκευασμένας μαρτυρεῖν κ. τ. λ. — Diese Aussagen ließ man dann in der Anakrisis von den Zeugen bestätigen.

Auch die Aussagen der Sklaven wurden unmittelbar nach dem Verhör aufgesetzt und zur Anakrisis mitgebracht[61]).

Eben so werden Urkundenabschriften beigebracht. Um alle diese Dokumente zu beschaffen, gehen eine Reihe von Provokationen (προκλήσεις[62])) voran, die selbst die Form von Verträgen haben und zu Obsignationen und Depositionen Veranlassung geben. Eine solche schriftliche Provokation auf Vernehmung, Folterung eines Sklaven unter Bestellung von Bürgen und Konventionalstrafen erwähnt **Demosthenes**[63]): καὶ σημηναμένου τὴν πρόκλησιν ἐμοῦ κ. τ. λ. — ἐπειδὴ δ' ἥκομεν πρὸς τὸν βασανιστὴν, ἀντὶ τοῦ τὴν πρόκλησιν ἀνοίξας δεῖξαι τὰ γεγραμμένα καὶ κατὰ ταῦτα πράττειν ὅτι δόξαι —. ἑτέραν ἧκεν ἔχων πρόκλησιν ἀξιῶν αὐτὸς βασανίζειν τὸν ἄνθρωπον. — Ferner wurde, wie schon erwähnt, um eine Abschrift zu nehmen, gewöhnlich der Gegner zur Theilnahme provozirt, und zu dem Akt Zeugen zugezogen[64]).

Zur Sicherung der Echtheit dieser Beweisstücke dienten nun metallene oder irdene Gefäße, ἐχῖνοι[65]), in welche jene Schriftstücke hineingeworfen werden. Der ἐχῖνος selbst wird

---

60) **Demosth. c. Steph.** 1115, 3. 1130, 24. cf. 1268, 15. — 61) **Demosth. Nicostr.** 1254, 10. — 62) **Heraldus** Animadvers. VI. 14. Hudtwalcker Diäteten S. 49. ff. — 63) **Demosth. c. Pantaenet.** 978, 14. — 64) **Demosth. c. Olympiod.** 1180. — 65) Hudtwalcker Diäteten. S. 128. not.



dann versiegelt, und dient hier als Depositar. So kommt bei Demosthenes öfter vor: οἱ ἐχῖνοι πρότερον ἐσημάνθησαν[66]) — ἐπὶ τὸ μὴ σημανθῆναι τοὺς κ. τ. λ.[67]) — So definirt Pollux:

> ἐχῖνος δὲ, οὗ αἱ μαρτυρίαι ἐμβληθεῖσαι κατεσημαίνοντο[68]) — und noch genauer[69]): ἐχῖνος· εἰς ἃ αἵ τε μαρτυρίαι καὶ αἱ προκλήσεις ἔγγραφοι ἐνεβάλλοντο ὑπὸ τῶν δικαζομένων, καὶ κατεσημαίνοντο, ἵνα μηδεὶς κακουργήσῃ τὰ ἐπιβαλλόμενα.

In ähnlicher Weise wurden bei eingelegter Appellation die Prozeßschriften und Beweisstücke beider Parteien versiegelt in den ἐχῖνος geworfen:

> ἡ δ' ἔφεσις ἀπ' αὐτῶν (den Diäteten) εἰ εἰς δικαστήριον ἐγίγνετο, εἰς ἐχῖνον τὰς ψήφους ἐμβαλόντες ἰδίᾳ ἑκατέρας τοῦ φεύγοντος καὶ διώκοντος, κατεσημαίνοντο[70]), —

und noch umständlicher Harpokration v. διαιτηταί:

> καὶ εἰ μὲν ἤρεσκε τοῖς ἀντιδίκοις, τέλος εἶχεν ἡ δίκη· εἰ δὲ μὴ, τὰ ἐγκλήματα καὶ τὰς προκλήσεις καὶ τὰς μαρτυρίας, ἔτι δὲ καὶ τοὺς νόμους καὶ τὰς ἄλλας πίστεις ἐμβαλόντες εἰς καδίσκους καὶ σημηνάμενοι παρεδίδοσαν τοῖς ἀγωγεῦσι τῶν δικῶν.

Ein Beweisstück in den ἐχῖνος werfen hat also dieselbe Bedeutung wie bei uns: dasselbe zu den Akten nehmen.

In diesem Zusammenhange wird sich endlich noch das Mißverständniß einer Stelle bei Plato heben, aus welcher

---

66) Demosth. 1143, 25. — 67) eod. 1265, 15. — 68) Pollux VIII. 17. vgl. Suidas v. καταστημαίνειν. — 69) Etymolog. magnum 404, 58. ff. Unterschleife kommen auch hier vor. Demosth. c. Stephan. I. 1119. ἐχῖνον κινεῖν. — 70) Pollux VIII. 127.



neuerdings der geistreiche Verfasser des **Charikles**[71]) das Vorkommen einer **Untersieglung** in griechischen Urkunden anzunehmen geneigt ist. **Plato** betrachtet hier die Nachtheile eines Prozeßverfahrens mit Urtheilen aus dem Stegreif auf mündliche Verhandlungen. Wie in unserm schriftlichen Verfahren soll daher nach Vornahme der Verhöre abgebrochen, die mündlichen Verhandlungen im Auszuge von den Richtern zu Protokoll genommen, dies abgeschlossene Protokoll auf dem Altar der Vesta deponirt und später die Debatten auf Grund dieser Protokolle fortgesetzt werden. Da vom Kriminalprozeß die Rede ist, werden die Protokolle nicht in den ἐχῖνος geworfen und in diesem versiegelt, sondern die Richter sollen auf das Protokoll selbst ihre Verschlußsiegel setzen:

> τῶν δὲ ῥηθέντων ἐπισφραγισαμένους ὅσα ἂν εἶναι καίρια δοκῇ, γράμμασι σημεῖα ἐπιβάλλοντας πάντων τῶν δικαστῶν, θεῖναι ἐπὶ τὴν Ἑστίαν, καὶ πάλιν αὔριον εἰς ταὐτὸν ξυνελθόντας ὡςαύτως τε ἀνακρίνοντας διεξελθεῖν τὴν δίκην, καὶ σημεῖα ἐπιβάλλοντας αὖ τοῖς λεχθεῖσι καὶ τρὶς δράσαντας τοῦτο κ. τ. λ[72]).

Wenn man hier an eine subsignatio denken will, so sind nur zwei Deutungen möglich:

a) entweder die Richter sollen **nur untersiegeln**: so wäre dies Verfahren einzig in seiner Art. Weder bei den Griechen noch bei den Römern läßt sich der Gebrauch der Untersieglung nachweisen, namentlich ist beiden die germanische Idee eines Siegels als feierlicher Bestärkung der Unterschrift fremd[73]). Zwecklos wäre ein solches Verfahren,

---

71) W. A. Becker **Charikles II.** 217. 218. — 72) **Plato Legg. IX.** 856. — 73) Schon das gewöhnliche Schreibmaterial der

da es doch offenbar nur darauf ankam Fälschungen zu verhüten; dazu eben dienten die Verschlußsiegel. Dies ergeben auch die Worte ἐπισφραγίζειν und ἐπιβάλλειν σημεῖα, welche sonst immer für obsignare gebraucht werden[74]); daher auch die Basiliken und Scholiasten die römische obsignatio durch ἐπισφραγίζειν, ἐπισημαίνεσθαι wiederzugeben pflegen.

b) Oder man denkt sich, daß die Richter erst untersiegeln und dann versiegeln: ἐπισφραγισαμένους, γράμμασι σημεῖα ἐπιβάλλοντας πάντων τῶν δικαστῶν. — Allein dies letztere ist nur erläuternder Zusatz. Die Versieglung soll so geschehen, daß alle Richter ihre Siegel darauf setzen. Unmöglich kann das ἐπὶ unmittelbar hinter einander einmal obsignare und dann subsignare bezeichnen sollen. Auch spricht Plato nachher einfach von: σημεῖα ἐπιβάλλοντες.

Zwei andere von W. A Becker angezogene Stellen[75]) sind in diesem Zusammenhange auch nicht einmal zweideutig. An eine subsignatio ist vielmehr im griechischen Recht nie zu denken. Dagegen finden wir im späteren römischen Recht, daß die Obsignationen verschwinden und an ihrer Stelle

III. die *subscriptio* der Parteien (und Zeugen) bei Kontrakten die wesentliche Form ausmacht. Schon dieser Vergleichung wegen ist es wichtig die spätere Gestaltung der griechischen Form zu verfolgen.

Der sichtliche Mangel der griechischen Urkunden war, daß die Zuverlässigkeit des Depositars die einzige Sicherheit

---

Alten war wohl zur Untersieglung wenig geeignet. — 74) vgl. z. B. Budaeus p. 227. Reiske Index Demosth. u. Stephanus h. v. — 75) Demosth. c. Pantaen. 978. c. Aphob. 837.



gegen Verfälschung der Parteiensiegel und damit Öffnung und Verfälschung der Urkunde selbst darbot. Der nahe liegende Ausweg, eine Person von öffentlichem Glauben als Urkundenbewahrer (συνθηκοφύλαξ, συγγραφοφύλαξ [76])) zu bestellen, fand mannigfaltige Hindernisse theils in dem autonomischen, obrigkeitlicher Fürsorge abholden Geiste des griechischen Geschäftsverkehrs, theils in dem raschen Wechsel republikanischer Magistraturen, theils auch wohl in mangelndem Vertrauen zu denselben. Nur bei Testamenten deutet Isäus auf eine Deposition der Urkunde bei einem Archonten [77]); bei Vertragsurkunden wird eine solche nicht erwähnt.

Begreiflicher Weise konnte sich nun aber eine Modifikation der Urkundenform nach dieser Richtung hin in dem ägyptischen Reiche der Lagiden bilden, und diese ist uns aus einer Reihe griechischer Papyrusurkunden erkennbar [78]). Sie gehen von etwa der Mitte des zweiten Jahrhunderts vor Christus bis zum Beginn der Römerherrschaft; einige reichen noch bis Anfang des siebenten Jahrhunderts nach Christus hinab.

Die Ptolemäer beobachteten die vielfach wiederkehrende Maxime der Staatsklugheit, den erobernden Stamm der Makedonier und die eroberten Stämme der Aegyptier vor-

76) s. Stephanus s. v. γραμματοφύλαξ., συνθηκοφύλαξ. — 77) Isaeus p. 139. 140. (Reiske) und öfter; ob eine Eröffnung vor dem Archon stattfand, s. W. A. Becker Charikles II. 226. Demosth. c. Steph. 1104. ff. — 78) Die vollständigste und übersichtlichste, (seitdem freilich vervollständigte) Zusammenstellung bis zum Jahre 1830 enthält das Tableau zu Reuvens Lettres sur les papyrus bilingues et grecs. Leide 1830.; griechische Urkunden über Rechtsgeschäfte namentlich No. 2. 6. 7. 10. 21. 22. 35. 45. 63. 71. 72. (zum Theil jedoch nur Übersetzungen). Daneben noch eine Reihe ägyptischer Kontrakte.



läufig in ihrer Rechtsverfassung zu lassen. So galt nun in Ägypten ein doppeltes Recht und Gerichtsverfahren, vor griechischen und ägyptischen Behörden*). So gab es auch eine griechische und eine ägyptische Weise der Aufnahme von Verträgen; jedoch wahrscheinlich so, daß es den Aegyptern freistand, nach griechischer Sitte und griechischem Recht zu leben.

1. über die griechische Urkundenform möchte das lehrreichste Beispiel eine Darlehns-syngrapha aus dem Jahre 89 v. Chr. darbieten[79]). Sie führt die Überschrift „Kontrakt aus dem Jahre 26. Alexander's I." Konuphis Sohn des Petesis leiht dem Peteimuthes Sohn des Horus eine Summe Geldes ohne Zinsen, doch mit Verabredung einer Konventionalstrafe bei nicht pünktlicher Rückzahlung. Die συγγραφή schließt mit den Worten:

ἡ δὲ συγγραφὴ κυρία ἔστω πανταχοῦ. συγγραφοφύλαξ Ἡρακλείδης.

Darunter das Empfangsbekenntniß des Schuldners:

Πετειμούθης — ἔχω τὸ προκείμενον δανῆον τὰς τοῦ ἀργυρίου νομίσματος δραχμὰς δεκαδύο καὶ ἀποδώσω καθότι προγέγραπται.

Wir sehen hier einen von einem Notar konzipirten Vertrag mit einer eigenhändigen *subscriptio* des Schuldners, aber nicht mit bloßer Namensunterschrift, sondern mit einem vollständigen Anerkennungsvermerk, der (ähnlich wie fr. 61. pr. de O. et A.) mit dem Namen des Ausstellers beginnt.

Unverkennbar hat sich hier das Prinzip der obrigkeitli-

---

79) Leydener Papyr. O. bei Leemans a. a. O. Reuvens Tableau No. 45. und Lettres a. a. O. III. No. 2. p. 18 — 24 : 29. — *) Zweifel dagegen bei Reuvens III. S. 28. not. a.

chen Fürsorge geltend gemacht. Der συγγραφοφύλαξ ist ein für einen kleineren Bezirk förmlich autorisirter Notar. Sein Büreau wird in der Überschrift als das Büreau von Nieder-Memphis bezeichnet: ἐπὶ τῆς ἐπικάτω Μέμφεως φυλακῆς. Dies deutet offenbar auf eine förmliche Organisation. — Da das Ganze, einschließlich der drei Zeilen langen Überschrift (protocollum) und des Namens συγγραφοφύλαξ Ἡρακλείδης anscheinend von einer Hand ist, so möchte ich die Urkunde selbst eher für ein ἀντίγραφον halten. Besondere Zeugen werden nicht erwähnt; dagegen trägt die Urkunde noch deutlich die Spuren zweier Siegel, vielleicht der Siegel beider Kontrahenten. Das Original wurde wohl im Büreau (φυλακή) aufbewahrt. — Die griechische Form ist hier zwar noch erkennbar, jedoch mit der Besonderheit, daß der Depositar eine öffentlich beglaubigte Person, wahrscheinlich auch Konzipient der συγγραφή ist, und daß auf die Handschrift des Schuldners offenbar Gewicht gelegt wird. Darauf deutet entschieden die Fassung der subscriptio. Daß der Schuldner als Πέρσης τῆς ἐπιγονῆς bezeichnet wird, hindert nicht die Anwendung der griechischen Form, da diese (wie die Bezeichnung der Beamten als ξενικοί im Gegensatz der αἰγύπτιοι andeutet) überhaupt für Nichtägyptier die gewöhnliche war.

Die Frage ob diese Form wesentlich war, wird sich schwerlich bestimmt beantworten lassen. In einem andern Leydener Papyr.[80]) wird einem amtlichen Bericht der Inhalt einer Darlehns-syngrapha einverleibt und darin so bezeichnet: ὀφείλοντας αὐτῷ κατὰ συγγραφὴν ἑξ μαρτύρων πυροῦ ἀρτάβας ξ, μὴ ἀποδιδόναι ταύτας κ. τ. λ.,

80) Leemans a. a. O. S. 2. Pap. A.

hier ist also nur von Zeugen die Rede. — Jedenfalls war der συγγραφοφύλαξ nicht der einzige Beamte für diesen Zweck. Daneben kommt noch häufiger ein ἀγορανόμος vor, dessen Verhältniß zum συνθηκοφύλαξ aus den erhaltenen Papyr. nicht zu bestimmen ist. So heißt es in einem Turiner Papyrus[81]): ἐθέμεθα πρὸς ἑαυτοὺς ὁμολογίαν διὰ τοῦ ἐν τῇ Διοσπόλει ξενικοῦ Ἀγορανομίου, δι' ἧς ὁ μὲν Ἀμενώθης ὁμολογεῖ κ. τ. λ., — In Pap. IV. schließt Apollonius mit Psenchonsis einen Vergleich: ἐφ' Ἡρακλείδου Ἀγορανόμου τοῦ Περιθήβας. Solcher Agoranomen waren also in einem Nomos mehre für bestimmte Distrikte[82]), wie die συγγραφοφύλακες. Der Agoranom oder sein Substitut unterzeichnet den Kontrakt: Ἀπολλώνιος κεχρημάτικα[83]); dieser Vermerk und die technische Formulirung der Urkunde selbst deutet darauf, daß er selbst Konzipient war.

2. Im Gegensatz gegen diese Verträge werden die ägyptischen in der Landessprache abgefaßten als συγγραφαί, συμβόλαια, συναλλάγματα αἰγύπτια s. ἐγχώρια bezeichnet[84]). Exemplare davon sind zwar bis in die Zeit der Perserherrschaft hinauf vorhanden, doch erst die späteren sind zum Theil entziffert[85]).

Schon von älteren Zeiten her scheinen die Ägyptier ihre eigenen Tabellionen gehabt zu haben, welche zu einem der Priesterkollegien gehörten und griechisch durch μονόγραφοι[86]) wieder gegeben werden.

---

81) Pap. Tur. VIII. Z. 5. vgl. Peyron. cit. II. p. 45. cf. I. 73. 153. — 82) Reuvens. III. p. 5. ff. — 83) Reuvens lettres III. p. 13. — 84) Z. B. Pariser Pap. II. III. V. VI. Peyron cit. II. 33. und in den sogleich folgenden Stellen. — 85) Reuvens Tableau. No. 87—92. — 86) Peyron Papyr. Tur. I. p. 154.

Materielle Eigenthümlichkeiten der ägyptischen Kontrakte waren, daß sie eine genaue steckbriefähnliche Beschreibung der Person der Kontrahenten, genaue Angabe beider Eltern enthalten und daß der Kläger aus solchen Verträgen unter Umständen seine Genealogie nachweisen muß[87]). Ein besonderes Erforderniß erwähnt noch der Turiner pap. I.: *καὶ ἐκ τοῦ τῆς χώρας νόμιου μέρη περὶ τοῦ ἐάν τις ἐπενέγκῃ συγγραφὴν ἐπὶ τὸ δικαστήριον μὴ ἐστυρωμένην μὴ προςχρῆσθαι.* Dies Erforderniß ist ziemlich unverständlich[88]). Peyron denkt an Beifügung einer cautio de praestanda evictione. In den Verhandlungen vor griechischen Richtern mußten natürlich griechische Übersetzungen beigebracht werden; es werden daher öfter *συγγραφαὶ αἰγύπτιαι διηρμηνευμέναι ἑλληνιστί*[89]) erwähnt. Ein Londoner Papyr. nennt ein *ἀντίγραφον συγγραφῆς αἰγυπτίας*; — welches mit dem Vermerk schließt:

*ἔγραψεν Ὧρος φάβιτος, ὁ παρὰ τῶν ἱερείων τοῦ Ἀμανρασόνθηρ καὶ τῶν συννάων θεῶν μονόγραφος. μάρτυρες* etc.[90])

Nach einer klugen auch sonst beobachteten Maxime suchten aber die Lagiden diesen wichtigen Theil des priesterlichen Einflusses auf das Volk zu paralysiren, und griechische und ägyptische Rechtssitte auch hier zu verschmelzen. Dies war wohl die Absicht eines Gesetzes von Philometor I. im

---

Solche Eintragungen bei priesterlichen Tabellionen s. Reuvens Tableau No. 59. 61. u. not. a). — 87) Turiner Papyr. I. pag. 7. Z. 1—5. bei Peyron I. 38. — 88) Peyron a. a. O. I. 116 — 120. — 89) In Pap. I. pag. 5. Z. 4. pag. 9. Z. 14. bei Peyron; Leydener Papyr. P. bei Leemans. — 90) Londoner Pap. I. Forshall description of the Greek Papyr. in the British Museum. Lond. 1839, vgl. Leydener Pap. P. bei Leemans cit.



Jahre 146. v. Chr.[90]). Danach sollten alle συγγραφαὶ αἰγύπτιαι königlichen Beamten vorgelegt und von diesen in ein Register, γράφιον, eingetragen, auf das Original eine Registratur in griechischer Sprache gesetzt und Urkunden ohne eine solche bei den königlichen Beamten nicht anerkannt werden. In diese Registratur wurde der Name, die Abstammung der Kontrahenten und die Kontraktssumme aufgenommen, und am Schluß durch Unterschrift des Beamten bezeugt, daß der Vertrag in das γράφιον eingetragen sei. Seitdem werden diese Eintragungen in das γράφιον öfter erwähnt; so im Turiner **Pap. XIII.** συγγραφὴ τρόφιτις ἀναγραφεῖσα διὰ τοῦ γραφίου[91]); — im **Pap. I.** wird dies Gesetz vom Gegner zu einer Einrede benutzt: πρόσταγμα περὶ τοῦ τὰ μη ἀναγεγραμμένα αἰγύπτια συναλλάγματα ἄκυρα εἶναι[92]).

Dazu trat noch eine zweite Belästigung bei allen steuerpflichtigen Verträgen, namentlich über Grundstücke. Diese sollten nur dann bei den Behörden anerkannt werden, wenn sie vorher zur Eintragung in ein Register vorgelegt und von einem königlichen Trapeziten mit einem griechischen Eintragungsvermerk versehen sein würden[93]). Das Steueramt quittirt darin zunächst die Zahlung der üblichen Steuer; ferner enthält die Registratur des Trapeziten das Datum, die Angabe bei welcher **mensa** das Geschäft angemeldet ist, die Angabe des **tributum**, einen Inhaltsauszug aus dem Kaufgeschäft und am Schluß die Unterschrift: N. N. τρα-

---

90) **Reuvens Tableau No. 20. u. not. m.)** — 91) **Pap. XIII.** Z. 9. bei **Peyron XI p. 69. cf. I. 148—52. 156.** — 92) **Pap. 1. pag. 4.** Z. 14. **Peyron I. 32)** — 93) **Peyron Papyr. Tur. I. 155. 138.** vgl. Droysen im Rheinischen Museum für Philologie von Niebuhr und Brandis Jahrg. III. S. 469. ff.

πεζίτης[94]). Es war aber dann offenbar bequemer, die συγγραφή sogleich bei einem königlichen Beamten, wie bei dem συνθηκοφύλαξ oder ἀγορανόμος, aufnehmen zu lassen und sie bei diesem niederzulegen, dem sie doch erst offen vorgelegt werden mußte.

---

94) Reuvens lettres III. p. 62. 98. Peyron cit. I. 148. Leydener Pap. M. bei Leemans cit. Londoner Pap. I. bei Forshall cit. Zeile 39. u. not. 44. IV. 10. VI. 46. Das vom königlichen Trapeziten aus den Steuerregistern hierüber ertheilten Certifikat konnte sogar die Stelle der Originalurkunde ersetzen. Peyron I. 148. vgl. Leydener Pap. X. bei Leemans. Londoner Pap. XXVI. 6. bei Forshall. Erklärt sind diese Beischriften von Buttmann Abh. der Akad. 1824. S. 210. bei Reuvens lettres III. p. 2. u. p. 16. vgl. Tableau No. 13. not. e No. 42—44. u. Noten — Leydener Pap. L. bei Leemans cit. Eine sehr anschauliche Erklärung von sechs Trapeziten-Registern giebt Droysen im Rheinischen Museum für Philol. III. 491—541. Ein von ihm übersetztes vollständiges Formular lautet so: „Am 9. Choiak des Jahres 36 hat an das zu Großdiospolis befindliche Steueramt, bei welchem Lysimachus Zöllner ist, die Steuer des gewöhnlichen zwanzigsten, nach der Anweisung der Steuerpächter Asklepiades und Zininis, welche der Kontrolleur Ptolemäus unterschreibt, Horus, des Horus Sohn, der Choichyte, von dem Kauf der Kollekten, welche sie (die Choichyten) von wegen der Leichen, die in den ihnen zukommenden in den Memnonien des zu Perithebai gehörigen Lybiens befindlichen Gräbern liegen, für die Amtsverrichtungen, welche sie thun, einsammeln, welche (Kollekte) er von Onophris des Horus Sohn, dem Choichyten, kaufte, 900 Drachmen entrichtet. Lysimachus Trapezit."

Das Register enthält also a) das Datum der Steuerzahlung b) das Zollamt und den Einnehmer c) die Angabe des Zollpächters (τελώνης) der die Berechnung der Steuer (διαγραφή) nach dem Kaufpreis angelegt hat d) eine bestätigende Unterschrift des Kontrolleurs (ὑπογράφει ἀντιγραφεύς.) — Wenn nicht alle uns erhaltene Urkunden diesen Vermerk haben, so erklärt man dies mit Peyron wohl am einfachsten daraus, daß die Ägypter auch hier sich ungern und langsam der neuen Sitte fügten, und die Könige es deshalb nöthig fanden, von Zeit zu Zeit allgemeine Indulgenzen wegen solcher Versäumnisse zu erlassen. Peyron a. a. O. I. 156. — Einige erläuternde Bemerkungen enthält auch noch Droysen's D. de Lagidarum imperio. Berolin. 1831. 4. S. 20. ff. 38. 41. 42.

Jene Umständlichkeit war auf Verdrängung der priesterlichen μονόγραφοι berechnet. Zu dieser Erschwerung der ägyptischen Verträge kam noch die Belästigung, daß vor den Richtern häufig griechische Übersetzungen beigebracht werden mußten; was in dem Maaße wichtiger wurde, je mehr wohl allmälig die Landessprache und eingeborene judices aus den Gerichten verdrängt wurden[95]). Das Zusammenwirken dieser Umstände hat wahrscheinlich allmälig den beabsichtigten Erfolg, — die Verdrängung der ägyptischen Form, zur Folge gehabt. Innere Gründe standen der Verallgemeinerung der griechischen Formen nicht im Wege. Diese einfachen Vertragsformen hatten ja nichts Nationales; die äußere obsignatio war den orientalischen Völkern[96]) überhaupt bekannt; an das Tabellionenwesen war man durch die μονόγραφοι gewöhnt, und die griechische Sprache verbreitete sich immer mehr. So ging wohl ein ziemlich gleichmäßiges System von schriftlichen unter öffentlicher Aufsicht verfaßten und einregistrirten Verträgen hervor. Die Obsignationen, die überhaupt in den Papyren aus dieser Zeit öfter erwähnt[97]) werden, blieben dabei wohl gewöhnlich. Solche Siegel befinden sich auf der oben erwähnten Darlehns-syngrapha aus den Leydener Papyren. Nach einer Notiz bei Caesar deponirte Ptolemäus auch ein versiegeltes Testament in zwei Exemplaren[98]). — So vielfach jedoch in den uns erhaltenen Prozeßschriften von Kontraktsformen die Rede ist, so wird doch von der obsignatio als einem wesentlichen Be-

---

95) Vgl. wegen der Andeutungen im Leydener Pap. I. O. Müller Gött. Gel. Anz. 1827. p. 1598. — 96) vgl. z. B. Jeremias cap. 32. v. 14. — 97) Im Leydener Pap. H. bei Leemans wird in ein amtliches Schreiben ein ἀντίγραφον συνεσφράγισται. Lond. Pap. II. 105. XIII. 5. XV. 36. bei Forshall cit. — 98) Caesar de bello civ. III. 108.

standtheile der Form nicht gesprochen. Auch eine *ὑπογραφή* der Kontrahenten als wesentliches Stück des Vertrages kommt erst in der römischen Kaiserzeit vor. Einzele Urkunden, namentlich Quittungen[99]) finden sich frühzeitig in ganz zwangloser Briefform mit dem üblichen Gruß (*χαίρειν*) im Anfang und dem *εὐτυχεῖ* am Schluß.

Wir haben die Form der ägyptischen Urkunden bis zur Zeit der Römerherrschaft deshalb erörtert, weil wir für die spätere Gestaltung der griechischen Urkundenform nach den attischen Rednern nur sehr dürftige Notizen haben; unter anderen aus dem zweiten Jahrhundert v. Chr. eine Notiz des Polybius[100]), welcher als eine Abweichung römischer Sitten bemerkt, daß hier der Eid der Magistrate hinreiche die Unterschlagung öffentlicher Gelder zu verhüten, während bei den Griechen alle Urkunden, Siegel und Zeugen nicht genügen:

> *Τοιγαροῦν χωρὶς τῶν ἄλλων οἱ τὰ κοινὰ χειρίζοντες, παρὰ μὲν τοῖς Ἕλλησιν, ἐὰν τάλαντον μόνον πιστευθῶσιν, ἀντιγραφεῖς ἔχοντες δέκα, καὶ σφραγῖδας τοσαύτας, καὶ μάρτυρας διπλασίους, οὐ δύνανται τηρεῖν τὴν πίστιν.*

Seit dem stärkeren Hervortreten des monarchischen Elements mit dauernden Magistraturen mag das Tabellionenwesen auch in anderen Staaten griechischer Bildung sich entwickelt

---

99) Z. B. Leydener Pap. C. u. F. bei Leemans a. a. O. Papyri Greco-Egizi di Zoide. ed. Peyron Tor. 1828. p. 6 ff. Reuvens Tableau No. 67—70. v. Minutoli Reise zum Tempel des Jupiter Ammon S. 421. Die Quittung eines fiskalischen Beamten Reuv. III. p. 52. ff. in einfacher Form. Der Name des Ausstellers macht den Anfang (s. bei Leemans Pap. Q.) Wegen der Unterschriften dabei vgl. die Londoner Papyr. VI. u. X. Zeile 15. ff. bei Forshall cit. — 100) Polyb. VI. 56, 13 ff.

haben. Über erhebliche Änderungen der Urkundenform findet sich jedoch selbst in den ersten Jahrhunderten der Römerherrschaft noch keine Andeutung.

IV. **Die Frage, ob die griechischen Urkunden endlich durch eine bestimmte innere Form ausgezeichnet seien, ist unbedenklich zu verneinen.** Verba concepta liegen nicht in der zwanglosen Weise griechischer Geschäftsformen. Solche kommen weder in den uns erhaltenen Formularen von Staatsverträgen[101]) noch in Privatkontrakten vor. Das vollständigste Formular einer *συγγραφή* in der Rede gegen **Lakritus** schließt mit den nichtssagenden Worten: *κυριώτερον δὲ περὶ τούτου ἄλλο μηδὲν εἶναι τῆς συγγραφῆς*[102]). Eine Kontraktsklausel[103]) kann man diese nichtssagende Phrase schwerlich nennen. In einer ägyptischen *συγγραφή* lautet sie: *ἡ δὲ συγγραφὴ κυρία ἔστω πανταχοῦ*[104]). — Auch im Testament des **Lykon** bei **Diogenes Laertius** heißt es: *κυρία ἔστω ἡ δόσις τῶν ἐνταῦθα.* Eine besondere Variation ist die am Schluß des Testaments stehende Verwünschungsformel: *ἀλλ' ἐναντία τῇ διαθήκῃ καὶ ταῖς ἀπ' ἐκείνης ἀραῖς γραφείσαις ὑπὸ τοῦ πατρὸς ἐλαύνεις, διώκεις, συκοφαντεῖς*[105]). — Auch die in Testamenten vielfach wechselnden Ausdrücke: *βούλομαι, δίδωμι* haben keine technische Bedeutung. — Niemals ist bei den attischen Rednern oder sonst rgendwie von einer solennen Fassung der Worte in Verträgen oder Testamenten die Rede, nie wird aus ihrem

---

101) vgl. **Thucyd.** V. c. 18. 23. 24. 47. u. ff. p. 285. 288. 302. 319. (Bekker.) — 102) **Demosth.** c. **Lacrit.** 927, 11. — 103) **Heraldus** Animadv. in jus Rom. et Att. p. 160. — 104) **Leemans** cit. papyr. O. — *ὃν ἐδέξατο Νεχούτης ὁ πριάμενος* schließt der mehrfach erwähnte Kaufkontrakt des Nechutes. — 105) bei **Demosth.** c. **Phorm.** p. 960.

Vorhandensein irgend ein Recht, aus ihrem Mangel irgend eine Einrede hergenommen.

Wenn man in später römischer Zeit einen gewissen Nachdruck auf das „ὁμολογῶ" legte, so ist dies nur eine Übertragung der Stipulationsklausel[106].

## §. 6.

## Giebt es im griechischen Recht formelle Verträge?

Diese Frage ist in dem Vorigen stillschweigend beantwortet. Denkt man an formelle Verträge im altrömischen Sinne, an Kontrakte mit aes et libra, an fingirte Darlehne, Kaufkontrakte: so findet sich davon im griechischen Recht auch nicht die leiseste Spur. Man könnte vermuthen, daß solche Formen wenigstens dem frühesten Recht angehört haben. Allein selbst aus der homerischen Zeit sind sie nicht nachzuweisen. Schon die Namen der homerischen Verträge: ἁρμονίαι (Il. 22, 255.) συνημοσύναι (v. 261. eod.) sind so abstrakt, daß sie auf keine Form der Art deuten[1]). Als Bestärkungsmittel dabei kommen nur Eid und Opfer vor[2]), namentlich auch bei völkerrechtlichen Bündnissen[3]). Insbesondere finden sich im ganzen Gebiet der griechischen Rechtsquellen nirgends feierliche Worte vor, welche an die römische Stipulation erinnerten. Nur in einer Stelle hat man[4]) etwas einer Stipulation Ähnliches entdecken wollen, bei Demosth. c. Pantaenet. 978,

106) Justinian c. 4. §. 6. de rec. arbitr. (2. 55.) so auch in den beiden von W. Ad. Schmidt herausgegebenen Papyr. aus dem Anfang des siebenten Jahrhunderts. — 1) Platner notiones Jur. et Just. ex Homero et Hesiod. explicit. Marb. 1819. S. 142. ff. — 2) Il. I. 76: σύνθεο καὶ ὄμοσσον; Il. XXII. 254. δεῦρο θεοὺς ἐπιδώμεθα. Ähnlich kommen Il. XIX. 191. ff. Opfer vor beim Freundschaftsbündniß zwischen Achilles und Agamemnon. — 3) σπονδαί τ' ἄκρητοι καὶ δεξιαί. Il. 2. 341. 339. — 4) Hudtwalker Diäteten S. 47.

24. Hier wird erzählt, wie im Drange der Umstände eine schriftliche Provokation (wegen eines damals ausgebrochenen Tumults) summarisch so zu Stande kam:

> διὰ γὰρ τὸν ϑόρυβον τὸν τότε καὶ τὸ μέλλειν καλεῖσϑαι τὴν δίκην τοιοῦτον ἦν· Προκαλοῦμαί σε ταυτί· Δέχομαι. Φέρε τὸν δακτύλιον. Λαβέ. Τίς δ'ἐγγυητής; Οὑτοσί. Οὐδὲν οὔτ' ἀντίγραφον οὔτ' ἄλλο οὐδὲν ἐποιησάμην τοιοῦτον.

Der Gegner hatte, wie vorher gesagt ist, eine lange Provokation über die Art und Weise des Verhörs eines Sklaven aufgesetzt, und zur Genehmigung vorgelegt (ἀναγινώσκει μοι πρόκλησιν μακράν), — diese wird unter Bestellung von Bürgen genehmigt und obsignirt (λαβὼν δ' ἐγγυητὰς τούτων παρ' ἐμοῦ, καὶ σημηναμένου τὴν πρόκλησιν ἐμοῦ); — als es zur Tortur des Sklaven kommen soll, produzirt der Gegner aber eine andere (untergeschobene) Provokation mit ganz andern Bedingungen. Die Möglichkeit dieses Betruges erklärt **Demosthenes** aus der tumultarischen Entstehung der πρόκλησις. Das Tumultuarische lag darin, daß bei Abfassung der Urkunde nicht Abschriften genommen, das Original nicht gehörig deponirt, auch nicht besondere Zeugen zugezogen wurden. Statt dessen war man froh in der Eile einen Bürgen bestellen und überhaupt eine Urkunde zu Stande bringen zu können. Die dabei vorkommenden Wechselreden Φέρε τὸν δακτύλιον — Λαβέ. Τίς ἐγγυητής; Οὑτοσί, drücken ganz treffend das Eilige des Verfahrens aus, bei welchem man sich ohne Umstände über das Wesentliche einigte, und ein Theil dem andern den Ring zur obsignatio reicht. Solennen Geschäftsformen sehen jene Fragen und Antworten gewiß nicht ähnlich. Jedenfalls kann man an einen Vergleich mit der Stipulation nicht

denken, deren Hauptmerkmal ja nicht im bloßen Gebrauch von Frage und Antwort, — sondern in dem solemnen dare spondes? lag.

Wollte man an formelle Verträge im griechischen Recht denken, so könnte man es nur in dem Sinne von Geschäftsformen, welche die Gültigkeit des Geschäfts so bedingen, daß daraus ohne Beobachtung der Form keine Rechte entspringen. Allein auch die Urkunden erscheinen nirgends als nothwendige Form. Dafür läßt sich schon negativ der Umstand geltend machen, daß nirgends bei den griechischen Rednern, — so mannigfaltige, chikanöse Einreden vorkommen, — von dem Mangel einer Urkunde oder einer ähnlichen Geschäftsform ein Einwand gegen die Rechtsbeständigkeit hergenommen wird. Die einzige zweifelhafte Stelle der Art ist Demosth. c. Zenothem 882.:

*Οἱ νόμοι κελεύουσι τὰς δίκας εἶναι τοῖς ναυκλήροις καὶ τοῖς ἐμπόροις τῶν Ἀθήναζε καὶ τῶν Ἀθήνηθεν συμβολαίων, καὶ περὶ ὧν ἂν ὦσι συγγραφαί· ἂν δέ τις παρὰ ταῦτα δικάζηται, μὴ εἰςαγώγιμον εἶναι τὴν δίκην.*

Allein hier ist nur von einer *δίκη* vor dem Handelsgericht die Rede. Aus einem Bodmereivertrage konnte nur dann bei dem Handelsgerichte geklagt werden, wenn man denselben a) mit einem *ναύκληρος* oder *ἔμπορος* abgeschlossen hat, b) wenn es über eine Fahrt von oder nach Athen geschehen, c) wenn eine Urkunde darüber aufgenommen ist. Nur die Vortheile einer *δίκη ἐμπορική* sind davon abhängig [4a]). Im Verlauf der Rede ist vom Mangel der Urkunde überhaupt nicht weiter als Hauptsache die Rede, sondern es wird deducirt, daß der Beklagte gar nicht

---

4a) Platner att. Proz. II. 353.

als Mitkontrahent anzusehen sei, da er mit dem Gegner οὐδὲ συμβόλαιον οὐδὲ συγγραφὴν abgeschlossen habe.

Noch wichtiger als positives Zeugniß ist das solonische Gesetz: τὸν ἐγκαλούμενον, ἐπειδὰν μήτε συμβόλαια μήτε μάρτυρας ἔχῃ, ὀμνύναι; das öftere Vorkommen der Eidesdelation als Beweismittel; überhaupt die im §. 2. zusammengestellten Zeugnisse für die Zulässigkeit mündlicher Abreden, namentlich die ganz allgemeine Regel bei Demosth. c. Dionysod. 1283, 10:

Οἱ νόμοι κελεύουσιν, ὅσα ἄν τις ἑκὼν ἑτέρῳ ὁμολογήσῃ, ταῦτα κύρια εἶναι,

und wiederholt ebendaselbst 1162, 24. (in Bezug auf eine Verabredung, durch welche der Gegner Frist zur Zahlung einer Geldbuße gegeben hatte.)

Ferner ergiebt sich die Formlosigkeit der Rechtsgeschäfte im griechischen Recht auch aus dem System der Klagen. Wären die Urkunden wirklich nicht Beweismittel sondern Grund der Klagen, so müßte irgendwo eine δίκη συγγραφῆς, γραμματείου, oder ähnliche Bezeichnungen vorkommen. Solche finden sich aber nirgends; die gänzliche Formlosigkeit der griechischen Verträge zeigt sich vielmehr auch in den ganz allgemeinen und abstrakten Bezeichnungen der Klagen: δίκη ἀργυρίου[5]), δίκη συμβολαίων[6]), δίκη χρέους[7]), δίκη ἀτελοῦς ὁμολογίας[8]). Auch Isäus zählt unter den Schuldklagen auf die: δίκη χρέους, συμβολαίου, συνθηκῶν. Die allgemeine Klage aus Kontrakten ὅσα τις ἄν, ὁμολογῶν ξυνθέσθαι, μὴ ποιῇ κατὰ τὰς ὁμολογίας — δίκας

5) Demosth. 1002, 5. 1179, 24. 1235, 12. 1240, 2. — 6) Demosth. 882. Aristot. Polit. III. 1, 7. — 7) Pollux VIII. 31. — 8) Plato Legg. XI. 920. D.

εἶναι ἀτελοῦς ὁμολογίας wird bei Plato[9]) erwähnt. — Charakteristisch ist auch der Katalog der δίκαι bei Pollux[10]): Καὶ ἰδιωτικὰ μὲν δικῶν ὀνόματα· αἰκίας, κακηγορίας, βλάβης, παρακαταθήκης, ἀποπομπῆς, — κακώσεως, κλοπῆς, χρέους, συμβολαίων, συνθηκῶν παραβάσεως, διαδικασίας καὶ ἐπιδικασίας, μισθώσεως οἴκου, ἐπιτροπῆς, ἀχαριστίας, σίτου, κάρπου, ἐνοικίου, ἀδικίου, φορᾶς ἀφανοῦς, μεθημερινῆς, ἀμφισβητήσεως, παρακαταβολὴ, διαμαρτυρία, ἐπίσκηψις.

Wie abstrakt solche Klageformel lautete, zeigt z. B. die Formel bei Demosthenes[11]): Ἔβλαψέ με ὁ δεῖνα οὐκ ἀποδιδοὺς ἐμοὶ τὸ ἀργύριον, — ferner bei Aeschines[11]): οὗτος δὲ παραβαίνει τὰς συνθήκας. — Ja bei Demosth. c. Dionysod. 1291, 10. erscheint eine Klage wegen Zinsen als δίκη βλάβης, ohngefähr ebenso unbestimmt wie eine römische actio in factum. Ferner tragen alle im griechischen Recht vorkommenden Formen so sehr das Gepräge der Willkür und Ungleichförmigkeit, daß sie schon dadurch sich nicht als feste Geschäftsformen, sondern als bloße Beweiskautelen charakterisiren. Bald erscheinen Zeugen ohne Urkunden, bald Urkunden ohne Zeugen. Die Zahl der Zeugen in unsern Beispielen wechselt zwischen 1, 2, 3, 5, 7, 14 und mehr Zeugen; gewöhnlich ist von der Deposition der Urkunden bei einem Dritten die Rede, zuweilen auch nicht. Daß der Zweck dieser Formen lediglich auf Sicherung des Beweises gerichtet war, sagt Demosthenes ausdrücklich: Πάντες ἄνθρωποι, ὅταν πρὸς ἀλλήλους ποιῶνται συγγραφὰς, τούτου ἕνεκα σημηνάμενοι τίθενται,

9) Legg. XI. 5. S. 950. — 10) Pollux VIII. 31. (Dind.) — 11) Demosth. c. Phorm. 950, 21. — 11a) Aeschines Steph. c. 23.

παρ' οἷς ἂν πιστεύωσιν, ἵν' ἐάν τι ἀντιλέγωσιν, ἢ αὐτοῖς ἐπανελθοῦσιν ἐπὶ τὰ γράμματα, ἐντεῦθεν τὸν ἔλεγχον ποιήσασθαι περὶ τοῦ ἀμφισβητουμένου.

Auch tragen die Vorschriften der griechischen Gesetzgeber so sehr das Gepräge des willkürlichen Experimentirens, daß sie als bloße Kautelen wohl nicht überall streng befolgt, jedenfalls leicht wieder vergessen oder durch andere verdrängt wurden. Der eine verlangt Zeugen, der andere Zeugen und Urkunden. Manche Vorschriften der Art sind vielleicht von Anfang an nicht als absolut bindende Normen angesehen. So die von Theophrast (bei Stobaeus Sermones 42.) mitgetheilte attische Verordnung, daß jeder Verkauf mindestens 60 Tage vor der Abschließung der Behörde schriftlich angezeigt werden solle; — ebenso die Vorschrift, daß Verkäufe von Grundstücken 60 Tage vor der Vollziehung öffentlich bekannt gemacht werden sollen[12]); — ebenso wenig war das ἐκ χειρὸς εἰς χεῖρα bei Käufen nach der Vorschrift des Charondas und Plato wohl jemals ernstlich durchzusetzen[13]). Auch die singuläre Bemerkung bei Aristoteles Ethic. Nicom. IX. 1, 9.:

Ἐνιαχοῦ τ' εἰσὶ νόμοι, τῶν ἑκουσίων συμβολαίων δίκας μὴ εἶναι· ὡς δέον, ᾧ ἐπίστευσε, διαλυθῆναι πρὸς τοῦτον, καθάπερ ἐκοινώνησεν, —

deutet auf nichts weniger als auf Erforderniß einer bestimmten Form zur Klagbarkeit der Verträge.

Endlich stimmt diese Bildung des griechischen Obligationenrechts mit der Formlosigkeit dieser Rechtsentwicklung

---

12) Platner d. Prozeß und die Klagen I. S. 342. — 13) Cujacii Observ. XI. 19.

überhaupt überein. Dieser griechischen, besonders attischen, Beweglichkeit sagte ein stetiges Festhalten an Formen, wie sie das römische Recht darbietet, wenig zu. Namentlich trug der lebendige Handelsverkehr der meisten griechischen Staaten und ihrer Kolonien, und in Athen die demokratische Organisation der Volksgerichte nicht wenig zu dieser Zwanglosigkeit der Formen bei: während deshalb freilich auch jene graeca fides[14]) sprichwörtlich, und dadurch jene große Anzahl von Vorsichtsmaßregeln zur Sicherung des Beweises und zur Verhütung von Fälschungen nothwendig wurde. —

Kurz wir finden im griechischen Recht weder bestimmte Namen, noch Formen, noch irgend eine Wirkung der Urkunden, die sich einem Litteralkontrakt vergleichen ließen. Das griechische Recht kennt nur Konsensualkontrakte im römischen Sinne[15]). Wo die Skriptur vorkommt, dient sie als Beweis.

## §. 7.

## Von der συγγραφή insbesondere.

Ohne die Notiz des Pseudo-Asconius hätte niemals die Idee entstehen können, daß συγγραφή irgend eine bestimmte Art von Urkunden bezeichne. Jeder Versuch einer juristischen Unterscheidung der συγγραφαὶ, γραμματεῖα, γραμματίδια u. s. w. ist unausführbar. Συγγραφὴ ist vielmehr eine durchaus generelle Bezeichnung jeder Vertragsurkunde.

Am nächsten scheint die Vorstellung zu liegen, daß

---

14) Plaut. Asinar. I. 3, 47. — 15) Meyer und Schömann d. att. Pr. S. 494. 510. 694. Das Schenkungsversprechen wäre der schlagendste Belag zum Vorhandensein oder nicht Vorhandensein formeller Verträge. Ein klagbares Schenkungsversprechen kommt indessen meines Wissens überhaupt nicht vor.



συγγραφή eine Urkunde über zweiseitige Verträge bezeichne. Allerdings werden Urkunden über Kauf und locatio conductio wohl συγγραφαί genannt, — noch häufiger aber συνθῆκαι. Andererseits heißen συγγραφαί auch Schuldscheine über einseitige Geschäfte, namentlich über Darlehne mit und ohne Zinsen, Konventionalstrafen u. a. Ein- und zweiseitige Geschäfte werden überhaupt nicht geschieden.

Man hat ferner behauptet, συγγραφή bezeichne eine von beiden Kontrahenten unterschriebene Urkunde. — Allein von einer subscriptio ist überhaupt erst viel später die Rede. Die Präposition συν drückt vielmehr nur das Schreiben mit beiderseitiger Einwilligung aus; oder es ist auch bloß verstärkende Präposition wie in conscribere; daher συγγραφὴν συγγράφειν, χρήματα ἃ συνέγραψα bei Demosthenes, συγγεγραμμένος der durch einen Vertrag Verpflichtete u. s. w.; ferner συγγράφειν als Aufzeichnen der Zeugenaussagen in der anacrisis[1]). Ja es wird sehr häufig in ganz allgemeiner, nicht juristischer Bedeutung gebraucht von Geschichtsschreibung, oder von Briefen, z. B. bei Andocides Herod. 731; auch von Testamenten heißt es bei Theophilus: συγγράφονται διαθῆκαι[2]), öfter erscheinen auch ξυγγραφαί[3]) als Staatsverträge u. s. w.

Daß die συγγραφή nicht durch ihre innere Form

1) de Boor att. Intestaterbr. Hamb. 1838. S. 113. — Im Medium bezeichnet συγγράφεσθαι dann auch so viel als cavere, sich verpflichten, z. B. Theophr. lib. V. περὶ φυτῶν: συγγράφονται δὲ οἱ ἀρχιτέκτονες οὕτως ἐκ μήτρας und kurz nachher: συγγράφονται παραιρεῖν τὰ πρὸς τὴν μήτραν (Budaeus 736.) — 2) Theophil. I. 2, 21. — 3) Thucyd. V. 35.

von anderen Urkunden unterschieden sein kann, folgt schon daraus, daß im griechischen Recht überhaupt keine verba solemnia in Urkunden und überhaupt in Rechtsgeschäften vorkommen. Die Behauptung bei Glück u. A. daß die syngrapha eine stipulationsähnliche Formel habe, ist reine Erfindung. Das einzige vollständige Formular, aus den attischen Rednern ist eine Darlehns-συγγραφή bei Demosth. c. Lacrit. p. 925, 27.

*συγγραφή.*

Ἐδάνεισαν Ἀνδροκλῆς Σφήττιος καὶ Ναυσικράτης Καρύστιος Ἀρτέμωνι καὶ Ἀπολλοδώρῳ Φασηλίταις ἀργυρίου τρισχιλίας δραχμὰς Ἀθήνηθεν εἰς Μένδην ἢ Σκιώνην, καὶ ἐντεῦθεν εἰς Βόσπορον. — Ὑποτιθέασι δὲ ταῦτα (οἶνον) οὐκ ὀφείλοντες ἐπὶ τούτοις ἄλλῳ οὐδενὶ οὐδὲν ἀργύριον, οὐδ' ἐπιδανείσονται. — Σωθέντων δὲ τῶν χρημάτων Ἀθήναζε ἀποδώσουσιν οἱ δανεισάμενοι τοῖς δανείσασι τὸ γιγνόμενον ἀργύριον κατὰ τὴν συγγραφὴν ἡμερῶν εἴκοσιν. — Κυριώτερον δὲ περὶ τούτων ἄλλο μηδὲν εἶναι τῆς *συγγραφῆς*. Μάρτυρες· Φορμίων Πειραιεύς, Κηφισόδοτος Βοιώτιος, Ἡλιόδωρος Πιτθεύς.

Wenn man bemerkt hat, daß römische Schuldscheine z. B. fr. 122. de V. O. (abgesehen von der Stipulationsklausel) ebenso aussehen; so ist dies ganz natürlich, da Schuldscheine überall ohngefähr dasselbe enthalten werden, — ein Bekenntniß und ein Versprechen. Nicht anders ist auch im Wesentlichen die oben aus den ägyptischen Papyr. mitgetheilte Darlehnsurkunde gestaltet.

Wenn sonach der Unterschied nicht in der inneren Form liegt, so bliebe noch übrig den Unterschied in Äußerlichkeiten zu suchen. Salmasius nämlich (de modo usur. 403. 420. 421.) sucht aus Demosthenes c. Dionys. 1283.

darzuthun, daß schon damals ein Unterschied zwischen den συγγραφαί (γραμματεῖα) und den chirographa (βιβλίδια) stattgefunden habe, indem jene auf Wachstafeln, diese auf Papyrus geschrieben wurden:

ὁ μὲν δανειζόμενος ἐν παντὶ προέχει ἡμῶν. λαβὼν γὰρ ἀργύριον φανερὸν, καὶ ὁμολογούμενον ἐν γραμματιδίῳ δυοῖν χαλκοῖν ἐωνημένῳ, καὶ βιβλιδίῳ μικρῷ πάνυ μὲν τὴν ὁμολογίαν καταλέλοιπε τοῦ ποιήσειν τὰ δίκαια. ἡμεῖς δὲ οὐ φαμὲν δώσειν, ἀλλ' εὐθὺς τῷ δανειζομένῳ δίδομεν τὸ ἀργύριον.

Aus dieser Stelle folgt vielmehr das Gegentheil. Der Schuldner, (bemerkt der Redner,) sei viel besser daran als der Gläubiger. Dieser gebe im Vertrauen auf das Gesetz sein baares Geld hin, während der Schuldner für ein Paar Dreier ein Wachstäfelchen (γραμματίδιον) oder ein Papyrusstückchen (βιβλίδιον μικρόν) kauft, und den Gläubiger mit einem einfachen Versprechen abfindet. Ich verstehe also das γραμματίδιον καὶ βιβλίδιον hier disjunktiv; es kann aber auch ein reiner Pleonasmus sein, da schon die attischen Redner bei solchen Ausdrücken nicht genau an ein **bestimmtes** Material denken; βιβλίδιον könnte auch allenfalls der Umschlag zu dem γραμματίδιον sein. Schon den alten Interpreten war der Unterschied wohl nicht ganz klar, denn **Orus**[4]) bemerkt anscheinend in Bezug auf diese Stelle: οὐ λέγεται τὸ μικρὸν βιβλίον γραμματεῖον, ἀλλ' ἡ μικρὰ δέλτος. Jedenfalls kann man aus jenem καὶ unmöglich mit **Salmasius** einen **Gegensatz** entwickeln wollen. Ferner ist es ein wunderlicher Anachronismus bei βιβλίδιον an ein chirographum zu denken: während χειρόγραφον doch erst in

4) **Etymol.** magn. p. 240, 6. Sylb.

der christlichen Kaiserzeit technisch als Schuldschein vorkommt. Beinahe eben so willkürlich ist es, das γραμματίδιον mit der συγγραφή zu identifiziren. Wäre aber auch wirklich ein Unterschied des Schreibmaterials von Demosthenes gemeint: so ist Salmasius eben den Beweis schuldig geblieben, daß aus der Anwendung eines verschiedenen Stoffs irgend eine juristische Verschiedenheit der Urkunden hervorgehe. Unter welche Rubrik würden nach dieser Systematik Schuldscheine von Pergament-Leder u. s. w. fallen?

Richtig mag es sein, daß Vertragsurkunden, also auch συγγραφαί, auf Wachstafeln geschrieben zu werden pflegten. Allein daß dies unwesentlich war, ergiebt nicht nur die Natur der Sache, sondern auch Demosth. c. Zenoth. Hier war auf einer Seefahrt eine Vertragsurkunde auf Papyrus abgefaßt und bei einem Mitreisenden deponirt worden. Daß nun aber diese Papyrusurkunde, βίβλιος συγγραφή, irgend eine andere, als die gewöhnliche Wirkung haben sollte, davon ist in der ganzen Ausführung nicht die Rede, sie heißt vielmehr im weiteren Verlauf schlechthin συγγραφή (Zenoth. 886, 24. 887, 21.)

So bliebe endlich nur noch die Annahme möglich, daß συγγραφή grade eine versiegelte und bei einem dritten deponirte Urkunde bezeichne. Allein unwahrscheinlich ist es schon an sich, daß man wegen dieser rein äußerlichen Behandlung einen besonderen Namen angenommen haben sollte. Da alle Urkunden, Testamente sowohl als Verträge, gewöhnlich deponirt wurden, so ist natürlich auch bei den συγγραφαί gewöhnlich von einer Deposition die Rede. Aber weder die Niederlegung noch das Verschlußsiegel sind an den Namen συγγραφή gebunden. Noch häufiger sogar wird von einem τιθέναι συνθήκας

oder auch τ. γράμματα. γραμματεῖα, γραμματίδια, oder von einem σημήνασθαι συνθήκας gesprochen. Auch liegt in dem Worte συγγραφὴ selbst nichts, was gerade auf eine solche Form deutete.

Übereinstimmend damit finden wir denn auch häufig genug die συγγραφὴ als synonym mit συνθήκη und andern ganz allgemeinen Bezeichnungen von Urkunden z. B. Demosth. c. Dionysod. 1284, 17.

καὶ ἐπὶ ταύταις ταῖς ὁμολογίαις δανείζονται παρ' ἡμῶν ἐπὶ τῇ νηὶ τρισχιλίας δραχμὰς καὶ συγγραφὴν ἐγράψαντο ὑπὲρ τούτων. ἐν μὲν οὖν ταῖς συνθήκαις δανειστὴς ἐγράφη Πάμφιλος.

Beachtenswerth in dieser Hinsicht ist namentlich der Sprachgebrauch bei Aeschines c. Steph. c. 23.:

ἐὰν δὲ ἐπιχειρῶσι λέγειν, ὡς οὐκ ἡταίρηκεν, ὅστις μὴ κατὰ συγγραφὰς ἐμισθώθη, καὶ γραμματεῖον, καὶ μάρτυρας, ἀξιῶσί με τούτων παρασχέσθαι, — ἐμισθωσάμην Τίμαρχον ἑταιρεῖν ἐμαυτῷ κατὰ τὸ γραμματεῖον τὸ παρὰ Δημοσθένει κείμενον, οὐ δὴ ποιεῖ μοι τὰ ὁμολογημένα — οὗτος δὲ ὑπερβαίνει τὰς συνθήκας, — λέγεται παρὰ τὰς συνθήκας ἡταιρηκέναι τὰς παρ' Ἀντικλεῖ κειμένας u. s. w.

Ähnlich variiren bei Isocr. Trapez. c. 10. συνθήκη = γραμματεῖον = συγγράφειν; bei Demosth. c. Apatur. 904. συγγραφή = γράμματα = γραμματεῖον = συνθήκη; bei Lysias Diog. c. 3. γράμματα σεσημασμένα, γραμματεῖα. Ganz entsprechend lautet die Definition von συγγραφή = συμφωνία γεγραμμένη in den Schol. Thucyd. V. 35.

Dieser Sprachgebrauch tritt gleichmäßig hervor, soweit sich derselbe überhaupt verfolgen läßt. So giebt z. B.

die Übersetzung der septuaginta in Hiob cap. 31. v. 35. 36. das hebräische תָּוִי (mein Handzeichen, Handschrift, Klagelibell) durch συγγραφή wieder, womit (freilich unrichtig) generell ein Schuldschein gemeint sein soll, wie die später folgenden Worte ergeben ῥίξας αὐτὴν ἀπέδωκα, οὐδὲν λαβὼν παρὰ χρεωφειλέτου. — Im I. Buch der Makkabäer c. 13 v. 42. wird erzählt daß Israel damals ἐν ταῖς συγγραφαῖς καὶ συναλλάγμασι geschrieben habe: „Im ersten Jahre Simons des Hohenpriesters" u. s. w. —

Auch in den ägyptischen Papyrus ist keine bestimmte Bedeutung ersichtlich. So wechseln in den Pariser Pap. II. III. V. VI. συγγραφαί, συμβόλαια, συναλλάγματα αἰγύπτια oder ἐγχώρια willkürlich ab. Im Turiner Pap. VI. wird die Übertretung eines schriftlichen Vergleichs (ὁμολογία) durch παρασυγγράφειν bezeichnet. — In der römischen Kaiserzeit wird die συγγραφή überhaupt seltener erwähnt. So bei Plutarch eine συγγραφή über locatio conductio (II. 1044. vgl. 1034.). Pollux definirt sie durch γραμματίδιον. Hesychius erklärt: συμβόλαιον, συνάλλαγμα, συγγραφή, ἀσφάλεια, γραμματεῖον. — Etwas häufiger ist συγγραφή wieder in der byzantinischen Zeit. So gebraucht Justinian das Wort in nov. 121. von einem Darlehnsschuldschein mit besonderer Stipulation wegen der Zinsen; in nov. 18. ganz allgemein, als gleichbedeutend mit γράμματα. Das justinianische edictum 9. erwähnt δανειακὰς συγγραφὰς καὶ ὁμολογίας. Sehr gewöhnlich wird namentlich in den Basiliken cautio oder chirographum durch συγγραφή wiedergegeben; wie denn auch z. B. c. 14. de n. n. p. der griechische Text das συγγράφειν so generell wie das römische conscribere gebraucht. — Überhaupt wechseln im Sprachgebrauch der Basiliken γραμματεῖα, συγγραφαί, συμβόλαια,

χειρόγραφα, ἰδιόχειρα, ὁ χάρτης und das ganz allgemeine δικαιώματα als Bezeichnungen der Schuldscheine willkürlich ab. Jede Seite der vier ersten Titel des zweiundzwanzigsten Buches und der Scholien giebt dazu Belege so zahlreich[5]), daß man den Versuch einer Unterscheidung wohl aufgeben wird.

## §. 8.

## Die syngrapha bei Cicero.

Wie in den griechischen Komödien, so werden auch in römischen palliatis die συγγραφαί öfter erwähnt. So bei Plautus (Asinar. I. 3. 85.), in Komödien welche in griechischen Städten ihren Schauplatz haben. In Asinar. IV. 1. wird ein solcher schriftlicher mit einer Kupplerin abgeschlossener Vertrag (syngrapha, syngraphus) wörtlich angeführt. Eine besondere Form ist aus diesem Formular nicht zu entnehmen. Wie in dem Formular bei Demosthenes ist darin auch nicht von einer Unterschrift die Rede. Es ist eine zwangslose Aufzählung der gegenseitig übernommenen Verpflichtungen.

Der Name syngraphus, welcher hier mit syngrapha abwechselt, beweist noch nichts für das Vorhandensein eines griechischen σύγγραφος. Die Composita ἀντισύγγραφος, αὐτοσύγγραφος finden sich erst in späterer Zeit (z. B. edict. Iust. 9.) Über diesen Sprachgebrauch bemerkt Nonius Marc. (p. 225. Merc.) aus einer verloren gegangenen Schrift Cicero's folgendes:

*Syngraphas:* feminino genere M. Tullio auctore

---

5) vgl. z. B. Fabrot. Tom. III. p. 5 — 25. 33. 34. 86 — 92. 96 — 98. 103. 104 — 9. 325. 326. 328. 330. 338. 339. 345. 347 — 49. 355. 374. 387. 455. 459. 475. etc.

dicimus: „pro negotiatoribus Achaeis *syngraphas*, quas nostra voluntate conscripsimus". Masculino **Plautus**.

Es ergiebt sich aus Plautus jedenfalls, daß Name und Begriff der Schuldscheine schon seinen Zeitgenossen bekannt war. Das Wort syngraphus war ihnen auch in anderer Bedeutung verständlich (als eine Art von Paß Captiv. III. 2. 6.).

Aus dieser Bekanntschaft folgt freilich noch nicht gerade der Gebrauch derselben im Geschäftsverkehr unter Römern. Wir finden vielmehr die syngrapha bei Cicero mit einem gewissen Widerwillen genannt. Eine Abneigung gegen schriftliche Formen überhaupt kann dabei nicht zu Grunde liegen. Durch die römischen Hausbücher wurden ja schon viel früher die wichtigsten Geschäfte schriftlich kontrahirt. Widerwille gegen die Strenge der Verpflichtung kann es noch weniger gewesen sein, da die echtrömischen Formen der Stipulation und der Hausbücher ja viel strenger banden, als jene laxen Schuldbekenntnisse des griechischen Rechts, welche nur als Beweismittel für Konsensualkontrakte dienen. Der Grund könnte vielmehr nur in dem eigenthümlichen Geist der römischen Geschäftsformen gefunden werden. Während die üblichste Form des griechischen Rechts (Deponirung verschlossener Urkunden) offenbar darauf berechnet war, das Geschäft nöthigenfalls den Augen Dritter zu verbergen: so war es wohl gerade dies, was dem römischen Sinne ursprünglich widerstrebte. Das altrömische nexum war auf Gegenwart von Zeugen berechnet. Ebenso galt es bei den Hausbüchern gewissermaßen als Ehrensache, daß der Vermögensstand des rei-

chen Römers einem jeden offen liege. Daher sagt der Pseudo-Asconius zu Cic. Verr. I. 23.

Moris fuit unumquemque *domesticam rationem sibi totius vitae suae* per singulos dies scribere, ex *quo appareret,* quid quisque de reditibus suis, quid de arte, foenore lucroque seposuisset quoque die, et quid item sumtus damnive fecisset.

Übereinstimmend damit ist die Bemerkung Cicero's pro Cluentio c. 30: — haec res habet hoc certe, ut nihil possit neque additum neque detractum *latere.* Auch die Stipulationen wurden in der Regel wohl vor Zeugen abgeschlossen. Dauerte es doch lange, ehe man selbst bei Testamenten durch besondere tabulae den Zeugen die letztwilligen Verordnungen vorzuenthalten anfing. Auch gilt hier die Analogie des Prozeßverfahrens, welches ja durchweg mündlich und öffentlich, in einzelen Akten, wie der litiscontestatio, sogar direkt auf Zeugen berechnet war; bekanntlich hat hier erst die Lex Aebutia schriftliche Formeln eingeführt. Diese Öffentlichkeit des Geschäftsverkehrs wirkte entschieden vortheilhaft auf den Geist des Beweises zurück; weshalb überhaupt von Beweiskautelen weniger die Rede ist. Jene ängstliche Vorsicht des griechischen Rechts war jedenfalls unbekannt. Vertraute doch noch zur Zeit des dritten punischen Krieges der Staat seine öffentlichen Gelder den Magistraten auf Treu und Glauben, ohne Handschrift, ohne Siegel und Zeugen an.

Gegen Ende der Republik freilich gab es gar manches, was römische Staatsmänner dem Auge der Öffentlichkeit zu entziehen hatten. So wechselten Antonius und Cäsar über ihre Verabredungen gegen Pompejus heimliche Urkunden aus. Dio Cassius 48, 2:

Ταῦθ' οὕτω καταμόνας συνθέμενοι, καὶ γράψαντες κατασημηνάμενοι, τά τε γράμματα ἀλλήλοις ἀντέδοσαν.

Cäsar ließ bei seiner Abreise sich von seinen Parteigängern heimliche schriftliche Zusicherungen, syngraphae, geben, daß sie ihn in seiner Abwesenheit vertheidigen würden (Suet. Caesar. c. 23.) Wie geläufig aber die syngraphae schon damals im Privatgeschäftsverkehr mit Peregrinen waren, ergiebt ihre überaus häufige Erwähnung bei Cicero in einer Reihe vielfach mißverstandener Stellen.

In einigen Stellen werden ausdrücklich Peregrinen erwähnt, welche sich durch Schuldscheine verpflichten. So leiht der König Ptolemaeus eine bedeutende Geldsumme von Postumus, über welche eine syngrapha auf einer Villa des Pompejus aufgesetzt wird (pro Rab. Post. c. 3.) Auf eine syngrapha wird dem König Dejotarus Kredit gegeben (de harusp. resp. c. 13.) An einem andern Ort stellen die legati des Dejotarus eine syngrapha aus (Philipp. II. 37.) Clodius läßt sich von Hermarchus aus Chios eine syngrapha ausstellen (ibid. c. 16.) Clodius macht syngraphae cum Byzantiis exulibus et legatis regiis (pro domo c. 50.) Scaptius und Matinius leihen den Salaminiern Geld auf eine syngrapha (ad Attic. V. 21. §. 8.) — Diese Schuldscheine waren wohl darauf berechnet, nicht in Rom, sondern unter der Jurisdiktion eines Provinzialstatthalters eingeklagt zu werden. Namentlich wird Cicero als Statthalter von Asien von seinen Freunden vielfach gedrängt dem Scaptius zu seinem Gelde bei den Salaminiern zu verhelfen. Ähnliche Bewandniß mag es mit der syngrapha Sittiana haben, die ihm in demselben Jahre Coelius von Rom aus

wiederholt empfiehlt (ad div. VIII. 2. 4. 8. 9. 11.) und ihn bittet, damit wie ein procurator zu verfahren, also wahrscheinlich sie einzukassiren. Von einem solchen Einkassiren in der Provinz ist auch ad div. VII. 17. die Rede. — In andern Stellen wird ausdrücklich gesagt, daß die syngrapha in der Provinz gemacht sei. (Verr. I. 36. IV. 13.)

Angesehene Staatsmänner scheuten sich nicht in Rom selbst ihre Stellung zu mißbrauchen, um mit bedrängten, Protektion suchenden Peregrinen wucherliche Geschäfte zu schließen, welche dann in der Provinz mit großer Härte eingetrieben wurden. Die griechische Weise der Schuldscheine bot ja die bequemste Gelegenheit, schmutzige Geschäfte der Art zu verbergen, welche man im Geschäftsverkehr mit römischen Bürgern schwerlich in die Hausbücher einzutragen gewagt haben würde. Geschah so etwas in Rom selbst, so scheuten sich römische Magistrate noch weniger, in den Provinzen ihre fast unumschränkte Gewalt zu solchen Negotiationen persönlich oder durch ihre Helfershelfer zu mißbrauchen. Nicht nur, daß man bis zum vierfachen der gewöhnlichen centesima usura sich Zinsen verschreiben ließ; sondern die Erpressungen geschahen auch wohl direkt so, daß man sich Summen verschreiben ließ, die gar nicht bezahlt waren. Dies ist wohl der Sinn der „inanes syngraphae, cum quibus Verres Cibyram venerat". (Verr. IV. c. 13.)

Mit unverkennbarer Erbitterung erzählt Cicero von Clodius, wie dieser in Rom selbst gleichzeitig mit politischen Verhandlungen solche Nebengeschäfte für sich gemacht habe pro domo c. 50.:

si scriptor tuus in illo incendio civitatis non *syn-*

Digitized by Google

*graphas* cum Byzantiis exulibus et cum legatis regiis faceret, sed vacuo animo tibi *non ista scita sed portenta conscriberet,* esses omnia, si minus re, at verbis legitimis consecutus. Sed uno tempore fiebant *cautiones* pecuniarum, foedera etc.

Das Verfängliche lag hier nicht in einer besonderen wechselartigen Strenge der syngrapha, (die vielmehr auch ganz unbestimmt als cautio pecuniarum bezeichnet wird), sondern in ihrem Inhalt und in dem Verbergen des Geschäfts. Am schamlosesten war das Verfahren des Antonius nach Cäsars Tode, gegen welches Cicero Philipp V. 4. eifert:

Quid? illi immanes quaestus ferendine, quos M. Antonii tota exhausit domus? Decreta falsa vendebat; regna, civitates, immunitates in aes, accepta pecunia, jubebat incidi. Haec se ex commentariis Caesaris, quorum ipse auctor erat, agere dicebat. Calebant in interiore aedium parte totius reipublicae nundinae. Mulier sibi felicior, quam viris, auctionem provinciarum regnorumque faciebat. — Neque solum commentariis commenticiis (fingirte und verfälschte scripta des Cäsar), chirographisque venalibus (käufliche falsche Handschriften) innumerabilis pecunia congesta in illam domum est, quum quae vendebat Antonius, ea se ex actis Caesaris agere diceret; sed SCta etiam, pecunia accepta, falsa referebat; *syngraphae obsignabantur:* SCta numquam facta ad aerarium referebantur.

Dem ganzen Zusammenhange nach sind jene versiegelten syngraphae wohl simulirte Darlehne, wodurch Antonius seine decreta diesmal auf Kredit, statt gegen baare Bezahlung verkaufte. Welcher Beschaffenheit diese syngra-

Digitized by Google

phae waren, brauchte der Redner nicht genauer zu sagen. Leider verstand solche Geschäfte damals ein jeder. Wenn Cicero in Verr. I. 36. sagt: Pecunias occuparat apud populos et *syngraphas* fecerat (in provinciam profectus Malleolus) — so wußte ein jeder, was für Geschäfte gemeint seien.

War doch selbst ein Brutus von jenem gehässigen römischen Charakterzuge der Geldgier nicht frei. Er hatte den bedrängten Salaminiern gegen wucherliche Zinsen (quaternae centesimae), wahrscheinlich auch gegen Verschreibung einer höheren Summe, Geld geliehen, und zwar so, daß jährlich die Zinsen zum Kapital geschlagen wurden (cum renovatione singulorum annorum.) Der Schicklichkeit halber werden jedoch zwei römische Negotianten Scaptius und Matinius vorgeschoben, welche das Geld des Brutus in eigenem Namen leihen, und nun von Cicero als Provinzialstatthalter über Cyprus verlangen, daß er ihnen zur Beitreibung der Summe behülflich sei. Wie es damit gemeint war, zeigte schon das Verlangen des Scaptius, zum praefectus bestellt zu werden, um der Schuldklage den gehörigen Nachdruck zu geben. Cicero lehnt dies ab, (— si praefectus esse vellet syngraphae causa, me curaturum ut exigeret. ad Att. V. 21. §. 8.) Dessenungeachtet überfällt Scaptius die Salaminier mit einem Reitertrupp, um die verlangte Summe zu erpressen, bis endlich Cicero dem Unfug ein Ende macht, und einen Vergleich zu vermitteln sucht. Eine besondere Schwierigkeit macht dabei die Höhe der Zinsen:

Interim quum ego in edicto tralatitio, centesimas me observaturum, haberem: ille ex syngrapha postulabat quaternas. (V. 21. §. 8.)

Den von ihm proponirten Vergleich erzählt Cicero (Att. VI. 1.) so:

Confeceram ut solverent centesimis sexennii ductis, cum renovatione singulorum annorum. At Scaptius quaternas postulabat. — Illud quidem fatebitur Scaptius, sibi omnem pecuniam ex edicto meo auferendi potestatem fuisse.

So ansehnlicher Gewinn noch immer bei solchem Geschäfte blieb, so unzufrieden war Scaptius, so empfindlich Brutus darüber, daß Cicero sich seines Agenten nicht besser angenommen habe. Ja Scaptius zog es vor, lieber gar kein Geld anzunehmen; vielleicht in der Hoffnung später einen gefälligeren proconsul zu finden.

Von diesem Druck der armen Provinzialen nahm man in Rom wenig Kenntniß. Nur in Rom selbst scheint der Mißbrauch wucherlicher syngraphae zu Bestechungen und politischen Intriguen doch zu arg geworden zu sein. Es trat daher zur Zeit Cicero's eine Lex Gabinia diesem Unfug entgegen; ad Att. VI. 2. wird ihr Inhalt bei Gelegenheit der mehrerwähnten syngrapha des Scaptius dahin angegeben:

vetabat autem Auli Lex, jus dici *de ita sumta pecunia.*

Man hat diese Stelle so verstanden, als sei dadurch das jus dicere ex syngrapha überhaupt, oder der Gebrauch zwischen Römern und Peregrinen untersagt. Allein die Worte de *ita sumta* pecunia drücken doch deutlich genug aus, daß das Unerlaubte nur in der Weise der Abschließung liege. Da nun aber Scaptius und Matinius einer befreundeten civitas in Rom auf eine syngrapha kreditirt hatten, so läßt sich daraus nur schließen: daß die Lex

Gabinia verbot, daß **römische Bürger in Rom mit befreundeten** *civitates* Geldgeschäfte auf Zinsen schließen sollten, und zwar unter Androhung von Strafen und Entziehung der Klage aus solchen Geschäften. Dafür sprechen auch die Worte bei Cic. ad Att. V. 21. *Salaminii* quum *Roma* versuram facere vellent, non poterant, quia lex Gabinia vetabat.

Eben weil der Zweck des Verbots nur ein **politischer** war, dispensirte der Senat zuweilen davon. Dies war im Fall des Scaptius geschehen: ad Att. V. 21.

At ille profert SCtum Lentulo Philippoque Coss. UT QUI CILICIAM OBTINERET, JUS EX ILLA SYNGRAPHA DICERET. — Reperio duo SCta iisdem Coss. de eadem syngrapha. Salaminii quum Romae versuram facere vellent, non poterant; quod Lex Gabinia vetabat. Tum illi Bruti familiares dare volebant quaternis, si sibi SCto caveretur. Fit gratia Bruti SCtum: *ut neve Salaminiis, neve qui eis dedisset, fraudi esset.* Pecuniam numerarunt. At postea venit in mentem illis foeneratoribus nihil se juvare illud SCtum, quod ex syngrapha jus dici lex Gabinia vetaret. Tum fit SCtum: *Non ut alio ea syngrapha jure esset, quam ceterae, sed ut eodem.* —

Das erste Senatuskonsult dispensirte also von der Strafe, das zweite legte dieser syngrapha die Klagbarkeit bei, **wie allen übrigen.** So interpretirt es **Cicero** (ad Att. VI. 2.):

Nam quod SCtum esse dicebat, ut jus *ex syngrapha* diceretur, eo consilio factum est, quod pecuniam Salaminii contra legem Gabiniam sumserant.

Vetabat autem Auli lex jus dici de ita sumta pecunia. Decrevit igitur Senatus, ut jus diceretur ex ista syngrapha. Nunc *habet juris idem, quod ceterae, nihil praecipui.*

Alle diese Wendungen ergeben, daß an ein allgemeines Verbot der syngraphae nicht zu denken ist. Bei Cicero selbst kommen Beispiele von syngraphae vor, durch welche unzweifelhaft nach der Lex Gabinia römische Bürger sich Schuldsummen von Peregrinen verschreiben ließen, ohne daß von der Lex Gabinia die Rede wäre. Ein solches Verbot wäre ja auch unausführbar gewesen, ohne den Verkehr römischer Bürger in den Provinzen auf das empfindlichste zu lähmen. Eben so irrig ist die Idee, als ob die Lex Gabinia das Verschwinden der syngraphae überhaupt veranlaßt habe.

Alle diese Andeutungen über die syngrapha ergeben also nur, — was sich auch ohne das von selbst verstehen würde, — daß nach wie vor in den Provinzen griechischer Bildung die συγγραφαί die übliche Geschäftsform waren, durch welche sich Peregrinen verpflichteten; daß der Name syngrapha in Rom völlig bekannt und geläufig geworden war, daß dieser Name aber nicht Schuldscheine von einer besonderen innern Form bezeichnet, auch nicht Schuldscheine mit einer besonders strengen Verpflichtung; daß die Römer die Klagbarkeit solcher Verträge (auch ohne Stipulation) anerkannten[8]), und niemals ein allgemeines Verbot derselben stattgefunden hat. Das Verfängliche solcher Geschäfte lag nicht in der Form, sondern im wucherlichen Inhalt;

8) Bildlich sagt Cic. pro Mur. c. 17.: Pergilisne tanquam *ex syngrapha agere* cum populo, ut quem locum semel honoris cuipiam dederit, eundem reliquis honoribus debeat?



die Gefahr dabei in dem beweisenden Empfangsbekenntnisse, gegen welches ein Schutz durch exceptio non numeratae pecuniae erst unter Caracalla entstand. Auch der Name syngrapha ist kein ausschließlicher. Denn wenn Cicero Verr. I. 52. von der Proprätur des Verres sagt: Domus erat plena, nova decreta, nova judicia petebantur. „Mihi det possessionem; mihi ne adimat; in me judicium ne det; mihi bona addicat." Alii nummos numerabant; alii *tabulas obsignabant,* — so sind diese tabulae obsignatae weiter nichts, als was er sonst syngraphae nennt. Wenn er dem Trebatius in die Provinz eine „Graecula cautio chirographi mei" nachsendet (ad div. VII. 18.), so ist auch dies nichts anderes; daß er cautio pecuniarum statt syngrapha gebraucht, ist schon erwähnt. (pro dom. c. 50.) Auch da wo Cicero von „pactiones" über Schuldverhältnisse in den Provinzen[9]) spricht, ist wohl eben daran zu denken.

## §. 9.

## Einfluſs der syngrapha auf das römische Obligationenrecht.

Wenn man die Frage aufgeworfen hat, ob und wann die συγγραφή in Rom rezipirt, wann und wie daraus ein Litteralkontrakt unter römischen Bürgern geworden sei? — so kam durch die Frage selbst die Sache in eine schiefe Lage. Συγγραφή ist überhaupt kein Litteralkontrakt, sondern nur eine der vielen synonymen Bezeichnungen formloser Vertragsurkunden. Man hätte vielmehr fragen müssen,

---

9) Z. B. ad Att. VI. 1. §. 13. V. 13.

Digitized by Google

wann überhaupt Vertragsurkunden bei den Römern üblich wurden, warum sie griechische Namen erhielten, warum gerade eine Zeit lang den Namen syngraphae?

Urkunden über Rechtsgeschäfte können verschiedene Zwecke haben. Zunächst wird sich bei umständlicheren Verabredungen ein Bedürfniß zeigen dem Gedächtniß durch die Schrift zu Hülfe zu kommen; oder man bedient sich der Schrift zum Ausdruck einer Willenserklärung unter Abwesenden; oder man glaubt, der Schuldner werde seine Handschrift nicht so leicht abzuleugnen wagen, als den Inhalt einer mündlichen Abrede oder die Wahrheit eines factum; oder man wählt die Schrift um den materiellen Inhalt der Disposition den zugezogenen Zeugen vorzuenthalten; — die Absicht endlich, durch die schriftliche Form eine mehr besonnene und bestimmtere Willenserklärung zu erzielen, ist jedenfalls dem römischen Recht ursprünglich fremd. Dazu reichten die verba solemnia aus.

In der ersten Rücksicht dagegen muß sich bei den Römern lange vor Cicero ein Bedürfniß zum Gebrauch der Schrift herausgestellt haben. Bei Real- und Konsensualkontrakten stand dem Willensausdruck durch Schrift überhaupt kein Hinderniß entgegen. Aber auch über Stipulationen konnte eine Urkunde aufgenommen werden, um dem Gedächtniß der Kontrahenten und der Zeugen zu Hülfe zu kommen; sogar in dem feierlichen Akt des Mancipationstestaments ließ man ja die Einschiebung einer Urkunde zu.

Das Vorkommen schriftlicher Urkunden bei völkerrechtlichen Verträgen scheint sich aus der uralten Formel des pater patratus bei Livius I. 24. (a. 667. v. Chr.) zu ergeben: ut illa palam prima postrema *ex illis tabulis cerave* recitata sunt sine dolo malo etc. — Es ist daher nicht

zu verwundern, wenn schon frühzeitig Urkunden auch über Privatgeschäfte vorkommen. Cato in seiner Schrift de re rustica [2]) giebt sehr umfassende Geschäftsformulare. So über eine locatio villae aedificandae (c. 14.) [3]), eine loc. oleae legendae (c. 144.), eine loc. oleae faciundae (c. 145.) In der Lex oleae pendentis vendendae (c. 146.) kommt auch eine Stipulation vor: *haec dari fierique .. promittito,* und am Schluß: *Emtor domino debeto, et id satisdato, proque ea re ita, uti s. s. e.* (supra scriptum est) *item pigneri sunto.* Gleichartig sind die bei Varro de re rust. (II. 5.) erwähnten actiones Manilianae, d. h. Geschäftsformulare, namentlich über Käufe [4]). Varro [5]) giebt Beispiele solcher Formulare, in sehr genauer Fassung, über Verabredungen theils mit, theils ohne Stipulationsform (promittere, dicere). So künstlich gefaßte Formulare, in deren Erfindung sich die römischen Rechtsgelehrten auszeichneten [6]), wiesen von selbst auf das Bedürfniß der Schrift hin. So auch die ziemlich künstliche Aquiliana stipulatio. Aus der Rede des Cato de sumtu suo [7]) wird referirt:

> Jussi caudicem proferri, ubi mea oratio scripta erat. De ea re, quod *sponsionem feceram* cum M. Cornelio, *tabulae* prolatae.

Daher kommen denn auch die tabulae frühzeitig unter den

---

2) Wenn es auch sehr unwahrscheinlich ist, daß wir diese Schrift in ihrer echten Gestalt besitzen, so möchte es doch keinem Bedenken unterliegen, daß die Hauptbestandtheile derselben echt, und namentlich diese Formulare in das zweite Jahrhundert v. Chr. zu setzen sind. Klotz im Archiv für Philologie und Pädagogik. 1844. vol. X. p. 5—73. — 3) Vgl. Vitruv. I. 1. — 4) Vgl. Cic. de orat. I. 58. — 5) Varro de R. R. II. 2—9. — 6) Andeutung davon bei Cic. Brut. c. 41. „cautionum praeceptio." — 7) Fronto ad Antoninum imp. I. 2. (Meyer fragm. orr. R. p. 30. ed. 2.)

Beweismitteln im Civil- und Kriminalprozeß vor. Gellius XIV. 2. referirt aus der Rede des Cato pro L. Turio:

> ut si quod, inter duos actum est, neque *tabulis* neque testibus planum fieri possit, tum apud judicem, qui de ea re cognosceret, uter ex iis vir melior esset, quaereretur.

Ähnlich heißt es im Fragment des Titius pro L. Fannia. Macr. Sat. II. 12: tabulas poscit, litteras inspicit (judex.) — Schon oben (S. 344.) sind tabulae obsignatae als versiegelte Beweisstücke angeführt. Ebenso aus Cicero tabulae obsignatae für Rechtsgeschäfte, die obsignatio eines patronus causae bei einer schriftlichen sponsio seines Klienten[8]), die obsignatio einer cautio judicio sisti[9]); — tabulae obsignatae über einen Vergleich vor einem decisionis arbiter[10]). Ähnlich pro Rosc. Com. c. 13.:

> Quis est hujus restipulationis scriptor, testis, arbiter? quis? Tu Piso.

Tabulae societatis unter Zollpächtern kommen öfter in den Verrinen vor[11]). Litterae als Dokumente über Geschäftsangelegenheiten überhaupt bei Cicero pro Quint. c. 11: — ubi non modo res erat, sed ratio quoque omnis et omnes litterae. Noch zahlreicher später tabellae bei Martial: „quadringentorum reddis mihi, Phoebe, tabellas[12]), vorher bei Ovid[13]), Tibullus[14]),

---

8) Cic. de Orat. I. 38. — 9) Cic. pro Quint. c. 21. — 10) Cicero pro Quint. c. 11. — 11) Z. B. Verr. II. 74. pro Flacco c. 9. Tabulae creditorum, Schuldscheine über ein einer civitas geliehenes Geld. vgl. Festus p. 359. (oben S. 340.) — 12) Mart. IX. 103. — 13) Ovid. Amor. III. 469. I. 437. — 14) Tibull. IV. 7, 7. tabellis signatis mandare aliquid.



ebenso bei Juvenal[15]), und immer häufiger bei Seneca[16]), Quintillan bis zu den klassischen Juristen herab.

Noch natürlicher erscheint das Bedürfniß unter Abwesenden Geschäftsangelegenheiten durch Briefe abzumachen; diese kommen öfter bei den Komikern vor; so in einem bei Cicero erwähnten Fragment des Caecilius Statius: aut tu illum fructu fallas: aut per *litteras* avortas aliquod nomen[17]). Auch die tabellae consignatae bei Plautus Curc. II. 3, 86. 90. sind Briefe eines Argentarius in Geldangelegenheiten (vgl. Pers. IV. 3, 51 ff. Truc. I. 1. 53.)

Wenn sonach der Gebrauch von Geschäftsurkunden bei den Römern unzweifelhaft alt ist, so ist doch die äußere Behandlung derselben wohl ursprünglich eine von der griechischen Sitte verschiedene gewesen. Mir ist vor Cicero keine Stelle bekannt, welche förmliche tabulae obsignatae über eingegangene Obligationen erwähnte. Von einer Deposition versiegelter Vertragsurkunden ist nie die Rede[18a]). Der Gebrauch der Siegel und der Siegelringe war bei den Römern überhaupt seltener, als bei den Völkern des Morgenlandes, bei den Ägyptiern und Griechen; und noch gegen Ende der Republik pflegten sich nur vornehmere Römer derselben regelmäßig zu bedienen[18]). Übereinstimmend damit läßt Cicero in einer Stelle die tabulae signis hominum *nobilium* versiegeln (pro Quint. c. 6.), in einer andern obsignirt ein patronus causae die tabulae seines Klienten

15) Juvenal VI. 119. VI. 199. legitimae tabellae. XIII. 137. — 16) Seneca de benef. III. 15. de const. sap. c. 6. Plinius Hist. Nat. 9, 58. — 17) Cic. de natur. deor. III. 29. Solche epistolae eines argentarius s. fr. 20. de inst. act. fr. 47, 1. de pact. fr. 24. 28. depos. fr. 24. 31. de const. pec. — 18) Bernd das Wappenwesen der Griechen und Römer. Bonn 1841. S. 135 — 141. (enthält leider wenig für juristische Zwecke.) — 18a) Singulär und zweideutig ist die Bemerkung bei Plutarch II. 275. A.

(de orat. I. 38.) Noch zu August's Zeit pflegten wohl nur angesehenere Männer sich regelmäßig bestimmter Siegelringe zu bedienen. Es bedurfte nun aber doch bei der Unvollkommenheit des Schreibmaterials irgend einer Garantie gegen Fälschungen. Das größere Vertrauen, welches unverkennbar im Geschäftsverkehr unter römischen Bürgern herrschte, kann schwerlich allein den Mangel solcher Beweiskautelen erklären. Vielmehr lag diese Garantie wohl in den römischen Hausbüchern. Nichts hinderte die Aufnahme solcher schriftlichen Verabredungen in die rationes domesticae, deren Integrität durch eine Reihe von Maßregeln mehr gesichert war. Im Geiste römisch-republikanischer Öffentlichkeit galt es als Ehrensache, daß gewöhnlich hier jedes Geschäft zu finden war. In vielen älteren Stellen ist unbedingt nur an diese tabulae zu denken[19]). Eine Reihe von Beispielen, namentlich im vierten Buch der Verrinen, zeigt, wie komplizirte Geschäfte hier eingetragen werden konnten. Nur darf man dabei nicht sofort an einen Litteralkontrakt denken. Nicht jede Einschreibung war ja eine expensilatio; auch ging ein Litteralkontrakt immer nur auf Geldsummen; ferner wäre die Stipulationsklausel in den römischen Geschäftsformularen mindestens unnütz gewesen, wenn es bei der Einschreibung immer auf einen Litteralkontrakt abgesehen war; endlich erscheinen ja zu allen Zeiten die rationes domesticae auch unter der Reihe der gewöhnlichen Beweismittel. Wenn also auch diese Art der Urkunden die üblichste war, so war jene Eintragung doch nicht nothwendig. Es wäre wohl gezwungen, bei allen tabulae über Rechtsgeschäfte vor Cicero nur an die

19) Z. B. Plaut. Asinar. II. 4, 34. Trucul. I. 1, 53. tabulae, ubi aera perscribuntur usuraria. Terent. Phorm. V. 8, 29.

Hausbücher denken zu wollen. Auch konnte der römische paterfamilias doch schwerlich seine rationes überall bei sich führen, wo es auf Abschließung eines schriftlichen Geschäfts ankam. Häufig waren allerdings wohl bis Cicero die besonderen Geschäftsurkunden nicht; erheblich namentlich ist der Umstand, daß die technischen Namen chirographa, cautiones vor Cicero nicht vorkommen, daß selbst bei Cicero nur cautio, und auch hier nur zweimal, mit einem erläuternden Zusatz (cautiones pecuniarum, — Graecula cautio chirographi mei) erscheint. Auch die Lex Cornelia de falsis erwähnt nur obsignirte Testamente.

Da nun aber die Peregrinen in den Provinzen griechischer Bildung die γραμματεῖα als ordentliche Geschäftsform gebrauchten, so erscheint die Annahme natürlich, daß solche besondere Vertragsurkunden den Römern erst durch den lebendigern Verkehr mit Peregrinen geläufiger; daß dadurch die griechische Bezeichnungen ebenfalls bekannt, und unter diesen (γραμματεῖον, γραμματίδιον, συμβόλαιον, συνθήκη, συγγραφή) die letzte die beliebteste wurde, weil sie die am meisten bezeichnende, und am leichtesten zu latinisiren war. Insofern also hat die Bekanntschaft mit den Griechen und andern Peregrinen einen gewissen Einfluß gehabt, als die äußere Behandlung der Beweisurkunden dadurch etwas anders, namentlich der Gebrauch der Obsignationen häufiger wurde. Grade dies Aufhören der Öffentlichkeit des Verkehrs war es wohl, welches dem Sinn der Römer nicht zusagte, und zum Theil deshalb erscheint die syngrapha bei Cicero öfter mit einer republikanischen Affektation als eine gemißbilligte Geschäftsform. Seitdem die Römer aber einmal jene graeca fides aus dem lebendigen Verkehr kennen gelernt und be

sich einheimisch gemacht hatten, fand sich auch naturgemäß ein Bedürfniß ähnlicher Beweiskauteleu. Die Beweiskraft solcher außergerichtlichen Geständnisse machte sich bei einem an keine Beweistheorie gebundenen judex von selbst. Es standen daher jetzt zwei Arten von schriftlichen Beweisurkunden nebeneinander:

1. die echtrömische Weise der Eintragung von Geschäften in die Hausbücher; mochte die Eintragung in die eigenen Bücher der Kontrahenten oder in die codices von Mittelspersonen (pararii) erfolgen.

2. Die Ausstellung besonderer Schuldscheine, mit oder ohne Zeugen, versiegelt oder unversiegelt; denn diese Formen dienten nur zu mehrer Sicherheit. Zusammengestellt werden beide bei Seneca de benef. II. 13.

> Quidam nolunt (1) nomina secum fieri, nec interponi pararios, (2) nec signatores advocari, nec chirographa dare.

Die signatores sind hier die zugezogenen, die Urkunde mit vollziehenden Zeugen. Ähnlich eine zweite Stelle de benef. III. 15.:

> Adhibentur ex utraque parte testes. (1) Ille per tabulas plurium nomina, interpositis parariis, facit. (2) Ille non est interrogatione contentus, nisi reum manu sua teneat.

Im zweiten Falle sind die chirographa gemeint, indem bildlich auf das Binden des Schuldners durch seine eigene Handschrift (manus) angespielt ist. An einer dritten Stelle endlich werden nur Schuldscheine genannt de benef. VII. 10:

> Video istic *diplomata*, et *syngraphas, et cautiones*, vana habendi simulacra.

Es handelt sich hier um eine Zusammenstellung der Schuldscheine nach ihren üblichen Bezeichnungen. Diplomata sind

größere, auf zwei Blättern ausgefertigte (Schuld-) Urkunden. Cautiones sind Schuldscheine schlechthin, oder auch Stipulationsurkunden; syngrapha ist die noch immer übliche griechische Bezeichnung. Das Verfahren bei der äußeren Behandlung dieser Urkunden erscheint von nun an wesentlichen gleichartig bei Römern und Peregrinen. Die obsignatio der Urkunden in griechischer Weise war ja überhaupt die im Alterthum gewöhnliche. Daß z. B. auch bei den Juden eine obsignatio mit Zuziehung von Zeugen vorkommt, ergiebt Jerem. 32, 14.; ebenso eine Andeutung derselben in der Apocalyps. V. 1. Die Vorschrift des SCtum unter Nero über die obsignatio der tabulae, quae publici vel privati contractus scripturam continent, nach welchem die Zeugen ihre Siegel mit einer superscriptio auf einen umschlingenden Faden (linum) setzen sollten, — war als polizeiliche Sicherheitsmaßregel gewiß auch auf Peregrinen berechnet (adversus falsarios tunc primum inventum est etc. Suet. Nero c. 17.) Es entstand namentlich dadurch ein gleichartiges Verfahren bei der äußeren Behandlung der Urkunden überhaupt. Was daher z. B. Lucian über diese Art der obsignatio andeutet, kann nicht als Beweis einer besonderen griechischen Sitte gelten [20]. Alle solche Stellen sind nur Beläge einer gleichmäßig verbreiteten Sitte.

Wie wir ferner in römischen Urkunden seit dem dritten Jahrhundert allmälig die Obsignationen seltener werden, und zuletzt verschwinden sehen, das ganze Gewicht dagegen auf die subscriptio gelegt wird: so zeigt sich dies auch in Provinzen, namentlich in Ägypten. So in einer schriftlichen Manumissionsakte (dem Edmondstoneschen Pap.) aus

20) W. A. Becker Charikles II. 228. Lucian Alexand. c. 21.

dem Jahre 354. n. Chr., in welcher die freilassende Aurelia[21]) den Ehemann statt ihrer unterschreiben läßt. lin. 18.: ἐφ' ὑπογραφῆς ἐμοῦ Δωροθέου τοῦ ἀνδρὸς αὐτῆς. — lin. 21.: Αὐρήλιος Δωρόθεος — συνεύτην τῇ γυναικί μου, καὶ ἔγραψα ὑπὲρ αὐτῆς, γράμματα μὴ εἰδηείας. Eine ähnliche Art der subscriptio kommt schon in einem Kaufkontrakt aus dem Jahre 154. n. Chr. vor[22]): lin. 21. Σωκράτης Ἀμμωνίου ἔγραψα ὑπὲρ αὐτῆς ἐρωτηθεὶς διὰ τὸ μὴ εἰδέναι αὐτὴν γράμματα[23]).

Seitdem werden nun auch im griechischen Sprachgebrauch ὑπογράφειν, ὑποσημαίνειν in diesem Sinne völlig geläufig, z. B. in den griechischen Novellen Justinians.

Entscheidend ist die ὑπογραφή des Ausstellers auch in den beiden von W. Ad. Schmidt[24]) herausgegebenen Papyren aus dem Anfang des siebenten Jahrhunderts. Sie beginnen mit dem Namen des Ausstellers und dem üblichen Gruß (χαίρειν); — die eine schließt mit der Wendung: ἐδόκει ἡμῖν πάντα ὡς πρόκειται[25]). Darauf bemerkt ein Unterschriftszeuge: ἔγραψα ὑπὲρ αὐτῶν, und es folgen noch zwei Zeugen-Unterschriften. Im zweiten Pap. wird bemerkt: ὑπογράψας χειρὶ ἐμῇ ἀπέλυσα (eine Quittung.)

Endlich findet sich unter dem Titel: Τύπος τέχνης τῶν γραμματέων aus einer Handschrift der Pariser Bibliothek ein sehr umständliches Formular eines Darlehnsschuldscheins bei Salmasius abgedruckt[26]), und vielfach benutzt bei

---

21) Young Hieroglyphics p. 46. — 22) Journal des savants 1822. Sept. S. 555. ff. 567. Reuvens lettres sur les papyres III. No. 5. — 23) Vgl. Reuvens a. a. O. III. S. 7. 8. — 24) W. Ad. Schmidt die Papyr.-Urkunden der Berlin. Bibl. 1842. — 25) Es ist ein schriftlicher Vertrag (ἔγγραφος ἀσφάλεια) über eine locatio cond. operarum. Dabei kommt auch noch eine besondere Aufschrift vor. — 26) Salmasius de modo usur. p. 412.



du Cange, welches jedoch seiner schlechten Gracität nach[27]) wohl frühestens ins achte Jahrhundert zu setzen ist.

Diese Formulare geben einen neuen Belag dafür, daß sich auch in späterer Zeit (abgesehen von den Nachahmungen der Stipulationsklausel) keine besondere innere Form der Vertragsurkunden gebildet hat.

Eben so gleichmäßig erscheinen nunmehr die Namen der Vertragsurkunden. Seitdem die Namen cautio chirographum, epistolae technisch geworden, wurde die griechische Bezeichnung συγγραφή überflüssig. Wo sie später noch zur Abwechselung bei nicht juristischen Autoren vorkommt, sind auch jetzt wie immer damit gewöhnliche Vertragsurkunden gemeint. So erzählt Spartian, daß Hadrian syngraphas debitorum fiscalium habe öffentlich verbrennen lassen: wo doch gewiß nicht an eine besondere Art von Formalkontrakten zu denken ist[28]). Als synonym mit chirographum kommt die syngrapha vor bei Ambrosius de officiis I. 32. Im Widerspruch mit solchen übersehenen Stellen, und mit dem ganzen Sprachgebrauch der Juristenfragmente, will Salmasius ganz willkührliche Unterschiede machen, und z. B. da wo tabulae et cautiones vorkommen, bei jenen an syngraphae, bei diesen an chiropraphu denken[29]). Ebenso willkührlich will er aus Seneca eine besondere Wirkung der syngraphae herleiten, während Seneca selbst ausdrücklich nur von der Beweiskraft der tabulae obsignatae spricht[30]).

---

27) Z. B. οἶνος μοῦστος, κυρός für κύριος vgl. Ritschl Prolegomena zu Thomas magister pag. XI. — 28) Spart. Hadr. c. 7. Morcellus de stilo inscript. p. 240. — 29) Salmasius de modo usur. 403. cf. 430. — 30) Senec. de benef. III. 15. II. 13. O turpem humano generi fraudis ac nequitiae

Wenn es sonach feststeht, daß die cautiones, syngraphae, chirographa, epistolae in der römischen Kaiserzeit in äußerer und innerer Form wesentlich gleichartig unter Bürgern und Peregrinen als Beweismittel erscheinen, so bleibt nun noch die Frage, ob sie jemals eine besondere Wirkung auf die Klagbarkeit der Verträge erhalten haben.

Da die Schuldscheine den Griechen nichts andres, als Beweisurkunden waren, so können sie auch in den römischen Provinzen griechischer Bildung nichts anderes gewesen sein. Es wäre gegen die Analogie jeder Rechtsbildung, anzunehmen daß im Wege natürlicher Entwicklung später die Geschäftsformen strenger geworden wären. Die Römer fanden also in ihren griechischen, und ähnlich wohl in allen Provinzen, ein System von formlosen Konsensualverträgen vor. Wagte man indessen schon in besseren Zeiten nicht leicht ein Geschäft ohne Zeugen oder Urkunden abzuschließen, so muß es in erhöhtem Grade von dieser Zeit gelten. Unverkennbar begnügte man sich selbst schon zur Zeit der attischen Redner selten mit bloßen Zeugen. Die vorkommende Beispiele sind einfache Realkontrakte. Spätere ausdrückliche Beispiele mündlicher Verträge sind mir überhaupt nicht bekannt. Die römischen Statthalter fanden also die Sitte vor, Geschäfte jeder Art durch Urkunden zu kontrahiren. Mehre Stellen bei Cicero zeigen, daß man die bestehende Sitte, d. h. die Klagbarkeit solcher Geschäfte anerkannte, abweichend von dem System des jus civile. Und in der That konnte man nicht anders,

---

publicae confessionem! *Annulis nostris plus, quam animis nostris creditur. In quid* isti viri ornati adhibiti sunt? *Nempe ne ille neget se accepisse, quod accepit.*

da die national-römischen Formen der Stipulation und des Litteralkontrakts sich den Peregrinen nicht so rasch aufdrängen ließen. Zwar bildeten sich schon unter der Jurisdiktion des praetor peregrinus Sponsionsformeln auch für Peregrinen (L. Rubr. c. 20.), doch nur zum prozessualischen Gebrauch. Die nomina transscriptitia hielt Nerva bei Peregrinen für unanwendbar; Sabinus und Cassius gestatten ihnen nur die transscriptio a re in personam. (Gaj. III. 133.) Die echtrömische Form der Stipulation spondesne? spondeo galt noch zu Gajus Zeit nur unter Bürgern (III. 93.). Man mußte also vorläufig die übliche griechische Form anerkennen. Dadurch entstand im edictum provinciale ein eigener Abschnitt, welcher die Klagbarkeit der syngrapha anerkannte; jedoch unter Vorbehalt einer doli exceptio. Diese Klausel sollte, wie Cicero andeutet, unter Anderen dazu dienen die wucherlichen Geschäfte der equites zu restringiren. (Att. VI. 1. 12. 13.) An derselben Stelle erzählt Cicero umständlich sein Verfahren bei Redaktion des Edikts*):

Der erste Theil dieses Edikts umfaßte die den Pro-

---

*) De Bibuli edicto nihil novi praeter eam exceptionem, de qua tu ad me scripseras nimis gravi praejudicio in ordinem nostrum. Ego tamen habeo ἰσοδυναμοῦσαν, sed tectiorem, ex Q. Mucii P. F. edicto Asiatico, *extra quam si negotium ita gestum sit, ut ei stari non oporteat ex fide bona*. Multaque sum secutus Scaevolae, in iis illud, in quo sibi libertatem censent Graeci datam, ut Graeci inter se disceptent suis legibus. Breve autem edictum est propter hanc meam διαίρεσιν, quod duobus generibus edicendum putavi; quorum (1) unum est *provinciale*, in quo est de rationibus civitatum, de aere alieno, de usura, de syngraphis, in eodem omnia et de publicanis, (2) alterum de hereditatum possessionibus etc. — (3) Tertium de reliquo jure dicundo ἀγράφως reliqui. Dixi me de eo genere mea decreta ad edicta urbana accomodaturum. —

vinzialen eigenthümlichen Rechtsverhältnisse: das Schuld- und Zinswesen, und die syngraphae. Hier nämlich trat der Hauptgegensatz gegen das jus civile und das Edikt des Prätor urbanus hervor, in dem System der Klagbarkeit der Verträge, und in dem Zinsfuß. Bedenkt man, daß überhaupt die Konsensual-, Realkontrakte und das zinsbare Darlehn bei weitem die wichtigsten obligatorische Geschäfte im täglichen Verkehr sind, daß bei den ersteren aber das römische Recht schon frühzeitig durch freie Formen sich dem jus gentium anschloß: so erscheint es natürlich, daß gerade beim foenus der Gegensatz der fremden Rechtsnormen hervortrat. Dieser Gegensatz bestand darin, daß

a) der Zinsfuß nach griechischer Sitte unbeschränkt war,
b) daß die Zinsen durch einfache Schuldurkunden (syngraphae) verabredet wurden, während es unter Römern einer feierlichen Stipulation bedurfte.

In beiden Punkten hat sich nun aber das römische Recht dem Rechtssystem der Peregrinen erwiesener Maaßen nicht bequemt. Denn bis in die spätesten Zeiten ist sowohl die Beschränkung des Zinsfußes, als die Nothwendigkeit der Stipulation beim foenus geblieben. Vielmehr gestalteten hier die Römer das Recht der Peregrinen nach ihren Ansichten um[30]. Die Provinzialstatthalter erklärten in ihrem Edikt nur centesimae usurae für statthaft. Als hergebrachten Theil des Edikts erwähnt dies Cicero ad Att. V. 21. §. 8.

Interim quum ego in edicto *tralatitio*, centesimas me observaturum, haberem, cum anatocismo; ille ex syngrapha postulabat quaternas.

Nur die wuchernden Zoll- und Steuerpächter wußten sich

30) Schon im Jahre 193. wurde der Zinsfuß der socii gleichgestellt. Liv. 35, 7.



durch ihre Verbindungen Ausnahmsbestimmungen zu verschaffen, welche indessen Cicero ebenfalls zu mildern suchte.

Bei Frage nach der Klagbarkeit der Verträge blieb der Gegensatz des griechischen Rechts noch lange stehen. Noch zur Zeit des Gajus galt es als Eigenthümlichkeit des Rechts der Peregrinen, daß bei ihnen einfache Schuldscheine (syngraphae, oder chirographa) zur Klagbarkeit genügen. Gaj. III. 134.:

> Praeterea litterarum obligatio fieri *videtur* chirographis et syngraphis, *id est, si quis debere, aut se daturum scribat;* ita scilicet, si eo nomine stipulatio non fiat: quod genus obligationis proprium peregrinorum est.

Was bei Cicero als Lokalsatzung, erscheint hier als Grundsatz des jus gentium überhaupt, — aus dem einfachen Grunde, weil der Gebrauch der syngraphae überall ein gleichmäßiger war. An einen wirklichen Formalkontrakt kann hier unmöglich gedacht werden. Denn die griechischen Schuldverträge sind Beweisurkunden ohne besondere innere Form, wie sie auch Gajus selbst bezeichnet: si quis debere se aut daturum scribat. Ebenso unmöglich ist die Annahme einer Obligation aus einer fingirten causa, da die griechischen Verträge Konsensualkontrakte sind. Ein Quasi-Litteralkontrakt entsteht daraus nur insofern, als sie zur Klagbarkeit von Geschäften genügen, zu denen es für Römer der Stipulation bedurft hätte. Dies stimmt mit der praktischen Bedeutung der Stipulation zu jener Zeit überein, die ja auch Paulus nur noch als Bestärkungsform zur Klagbarkeit der Verträge auffaßt.

Hier also, bestand noch immer ein merkbarer Gegensatz, welchen namentlich Gajus (in seinen neunundzwanzig

Büchern ad edictum provinciale) gewiß besonders zu erörtern Gelegenheit hatte, und den er daher auch in den Institutionen hervorhebt. Angedeutet ist er auch bei Paulus II. 14, 1. Jahrhunderte hindurch war indessen die römische Rechtsbildung bemüht gewesen, diesen Dualismus zu überwinden; indem man der Stipulationsform das National-Eigenthümliche nahm, auch die Formeln facies? faciam, δώσεις; δώσω, ποιήσεις; ποιήσω als Stipulationen anerkannte; ferner jede Urkunde mit einer einfachen schematischen Klausel unter Gegenwärtigen als Stipulation gelten ließ; ebenso erkannte man die Fähigkeit der Peregrinen sich durch Stipulation zu verpflichten unbedingt an. Auch der Deportirte wird durch Stipulation verpflichtet (fr. 121. §. 2. de V. O.) Die Stipulationsform ist also nicht mehr juris civilis. Auch die acceptilatio ist juris gentium geworden, und kann durch die griechische Formel: ἔχεις λαβών erfolgen (fr. 8. §. 4. de acceptil.)

In Wechselwirkung mit diesen ungemeinen Erleichterungen stand sicher der immer häufigere Gebrauch der Stipulationen in den Provinzen; und man hätte ohne Härte schon jetzt durch ausdrückliches Gesetz das römische Prinzip der Klagbarkeit der Verträge überall einführen können. Daß dies geschehen sei, wird zwar nirgends erwähnt: allein es gestaltete sich wohl von selbst so durch die allgemeine Verleihung des römischen Bürgerrechts unter Caracalla. Mit dem Stande der Peregrinen selbst verlor jener Dualismus seine praktische Bedeutung; und die zu Bürgern gewordene Provinzialen wurden fernerhin (abgesehen von den Konsensual- und Realkontrakten) nicht mehr durch schriftliche Verträge sondern durch Stipulationen verpflichtet. Der Name syngrapha verschwindet aus Juristenschriften und aus dem Sprachge-

brauch lateinischer Konstitutionen, und die cautiones, chirographa, epistolae sind nur abwechselnde Bezeichnungen von Vertragsurkunden, bei welchen nicht die Schrift als solche, sondern nur die etwa darin enthaltene Stipulationsklausel einen Einfluß auf die Klagbarkeit der Verträge hat.

Seitdem nun aber unter Caracalla das römische Konventionensystem über das ganze Reich ausgedehnt wurde, zeigte sich der Einfluß desselben gerade am merklichsten wieder darin, daß es zur Verabredung von Zinsen bei Gelddarlehnen der Stipulation bedurfte. Die früher üblichen einfachen γραμματεῖα, συγγραφαί, συνθῆκαι wurden nun also bei Gelddarlehnen gewöhnlich Stipulationsurkunden; und diese praktisch nun so häufige Anwendung der Stipulationsurkunden über Darlehne mag die Veranlassung gewesen sein, daß grade Caracalla bei diesen die Behauptung der nichtgezahlten Valuta durch Einführung einer einjährigen querela non numeratae pecuniae zu regeln suchte.

## §. 10.

## Die syngrapha bei dem Pseudo-Asconius.

Kehren wir nach diesen Betrachtungen zur Quelle aller Irrthümer, der im Beginn dieser Abhandlung angeführten Stelle des Pseudo-Asconius zurück, so wird nach den meisterhaften Untersuchungen Madwig's[31]) nun wohl kein Zweifel mehr erlaubt sein, daß der Kommentar über die Verrinen fälschlich dem unter Nero lebenden Asconius zugeschrieben worden ist. Jene Annahme beruht einzig dar-

31) Madvig Comm. de Asconio Pediano. Haffn. 1828. 8. vgl. Niebuhr zu Fronto XXXIV. not. 5. Springar Historia critica scholiast. latinorum Lugd. 1834. I. p. 117. ff. v. 84. — s. jedoch wieder Drumann Geschichte Roms V. 264. not. 7. — Die hier folgenden Citate zum Kommentar der Verrinen sind nach der Ausg. Lugd. 1644.

auf, daß dieser Kommentar von Poggius in ein und demselben Codex mit den echten Kommentaren des Asconius gefunden worden war. Der Sprache und dem Inhalt nach gehört er sicher in eine viel spätere Zeit. Die Form der Darstellung ist die bei den Grammatikern der späteren Zeit gewöhnliche. Worte und Wendungen wie: insinuare für exponere, jurgium für lis, deponere querelas apud aliquem (pag. 83.), homines qui sub eo militant, erinnern bezeichnend an die Latinität späterer Konstitutionen. Dazu die bei den Kommentatoren der späteren Zeit so häufige Verweisung auf ältere Institute durch die Wendung: moris erat, moris fuit, moris fuerat; die Verweisung auf die antiqui oder veteres; die Erwähnung der Amtswürden des princeps, commentariensis, cornicularius; die Erwähnung der Eidesformel (p. 31.), in welcher Cicero's Worten: Ita deos mihi propitios esse velim substituirt wird: Genus jurisjurandi id est, *quod dicimus:* Tantum mihi *divinitas* faveat, quantum verum est, quod dico tibi etc.*) — Das Zeitalter dieses Kommentars ist daher sicher, mit Madvig, nicht früher als in das vierte Jahrhundert zu setzen.

Von den juristischen Kenntnissen des Pseudo-Asconius giebt eine Probe die anerkannt verworrene Stelle, in welcher er den judex quaestionis zu einem bloßen Schülfen des Prätor machen will[32]).

*) Was ferner über die Abstimmung der judices (pag. 25.), über die rejectio judicum (pag. 47. 48.), über die comperendinatio (p. 76.), über die ludi, qui *olim* in foro populo darentur (p. 86. 104.), über die absolutio (p. 91.), über die Autonomie der civitates (p. 119.) als längstvergangene Sitte gemeldet wird, paßt sicher nicht für einen Kommentar aus Nero's Zeit; ebenso p. 32.: incipiebant autem *veteres* ab invocatione deorum, p. 112.: canon, oblatio, indictio. — 32) Vgl. darüber Madvig p. 121. ff. Zumpt zu Cic. Verr. S. 235. Geib Geschichte des römischen Kriminalprozesses S. 192. 193.

Ferner die wunderliche Angabe über den Inhalt der lex Voconia p. 98: Voconius legem tulerat, ne quis census, hoc est pecuniosus, heredem relinqueret *filiam*, als ob die lex Voc. nur die Tochter ausgeschlossen hätte!

Bei dieser Lage der Sache wird es gerechtfertigt sein, wenn wir im Gegensatz mit der bisherigen Behandlungsweise das Wesen der syngrapha nicht aus dieser Stelle entnehmen, sondern nach unsern bisherigen Untersuchungen umgekehrt prüfen, ob und wieweit der Kommentator des vierten Jahrhunderts das Wesen der *syngrapha* verstanden hat. (pag. 94.):

> Inter syngraphas et cetera chirographa hoc interest, quod in ceteris tantum, quae gesta sunt, scribi solent; in syngraphis etiam contra fidem veritatis pactio venit et non numerata quoque pecunia, aut non integra numerata, pro temporaria voluntate hominum scribi solent more institutoque Graecorum: et ceterae tabulae ab una parte servari solent, syngraphae signatae utriusque manu utrique parti servandae traduntur.

Syngraphae und chirographa sollen sich in Form und Inhalt unterscheiden. Im Inhalt dadurch, daß ein chirographum über wahre, eine syngrapha über fingirte Geschäfte; jenes über eine pecunia numerata, diese über eine pecunia non numerata ausgestellt wird. Eine solche Erklärung würde geradezu Unsinn ergeben.

Sehr scharfsinnig denkt daher v. Savigny bei der syngrapha an einen formellen Vertrag, bei welchem, wie bei der Stipulation, eine causa fingirt wird (numerata pecunia), eine Verpflichtung des Schuldners also auch ohne Zahlung der Valuta entsteht. Diese Erklärung ist

aber unmöglich, weil das griechische Recht weder vor noch nach Cicero eine solche Art von Verträgen gekannt hat.

Wenn der Kommentator ferner im Ernst einen Unterschied im Namen syngrapha und chirographum setzen will: so ist auch das unmöglich, weil zu Cicero's Zeit der Name χειρόγραφον und chirographum für Schuldscheine noch unbekannt war, und weil seit der Rezeption des Namens chirographum bis Justinian (z. B. c. 20. de fide instr., nov. 49. c. 2.) chirographum und syngrapha in Form und Inhalt nichts anderes waren als einfache Schuldscheine. Namentlich ist z. B. das wucherliche χειρόγραφον bei Plutarch c. 4. de aere alien. sicher nichts anderes als die syngrapha bei Asconius.

Wenn endlich ein Unterschied in der formellen Behandlung darin liegen soll, daß die syngrapha von beiden Theilen versiegelt wird; so ist dies zwar als griechische (und römische Sitte) zur Zeit Cicero's richtig; gilt aber von allen Vertragsurkunden jener Zeit, ist also der συγγραφή nicht eigenthümlich. Wenn ferner gesagt wird, daß die syngraphae utrique parti servandae traduntur: so ist das wörtlich unmöglich. Genauer werden die Urkunden *neutri* parti übergeben, d. h. sie werden bei einem dritten deponirt.

Der Schlüssel zu diesen Ungereimtheiten liegt einfach in folgendem Umstande. Der Pseudo-Asconius will die syngrapha bei Verres I. 36. erklären, d. h. darthun worin das Gehässige der Schuldscheine des Malleolus lag; er findet den Grund davon ganz richtig in dem wucherlichen Inhalt derselben, indem Malleolus sie über gar nicht, oder nur theilweis gezahlte Valuta ausstellen ließ und zu Erpressungen benutzte. Im vierten Jahrhundert wußte man von der Gefährlichkeit solcher Schuldscheine nichts mehr, da

inzwischen Caracalla die exceptio non numeratae pecuniae eingeführt hatte, welche damals fünf Jahre dauerte. Hierin lag der juristische Unterschied der Schuldscheine zu Cicero's Zeit. Dieser Rechtspunkt ist vom Komentator verfehlt, wie nach ihm von allen neueren Juristen und Philologen. Die wahren Unterschiede im Name, Form und Wirkung sind:

a) Zu Cicero's Zeit nannte man Darlehnsschuldscheine syngraphae, weil die Namen chirographum und cautio erst später entstanden: die letzteren waren dagegen im vierten Jahrhundert die üblichen, und der Name syngrapha ziemlich außer Gebrauch gekommen.

b) Zu Cicero's Zeit wurden die Urkunden nach griechischer Sitte versiegelt und keinem von beiden Kontrahenten anvertraut. Im vierten Jahrhundert waren die Obsignationen außer Gebrauch; der Schuldner überließ vielmehr den Darlehns-Schuldschein dem Gläubiger.

c) Zu Cicero's Zeit war der Schuldner auch durch Schuldscheine über eine non numerata pecunia gebunden, wenn er nicht den Beweis der Nichtzahlung übernehmen wollte, der einem wuchernden Gläubiger gegenüber selbst durch Eidesdelation schwierig genug war. Zu des Kommentators Zeit wußte man von solcher Gefahr nichts.

Alles dies sind die an sich vollkommen richtigen Unterschiede inter syngraphas (nämlich zu Cicero's Zeit) et inter cetera chirographa (nämlich zu des Pseudo-Asconius Zeit), — die Ungenauigkeit des Kommentator liegt nur darin, daß ihm die rechtsgeschichtliche Entwicklung dieser Gegensätze unbekannt war, und daß er diese Unterschiede auf eine äußerliche, unjuristische Weise an die Namen syngraphae und chirographa anknüpft.

Schließlich noch einige Folgesätze aus diesen Erörterungen:

1. Bei Gajus III. 134.: will v. Savigny die Worte Praeterea litt. obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis erklären durch: chirographis *et quidem* syngraphis, um sie mit dem Pseudo-Asconius in Einklang zu bringen. Nach unserer Ansicht ist jene Stelle wörtlich genommen in vollkommener Übereinstimmung mit allen übrigen Zeugnissen.

2. Aus einer andern Notiz des Pseudo-Asconius (pag. 86.) über den Gebrauch der Hausbücher:

sed postquam obsignandis litteris reorum ex suis quisque tabulis damnari coepit, *ad nostram memoriam* tota haec vetus consuetudo cessavit,

folgerte v. Savigny das Aufhören des alten Litteralkontrakts unter Nero. Das „ad nostram memoriam" ist jetzt aber auf das vierte Jahrhundert n. Chr. zu beziehen; und es bleibt nur übrig der allerdings wohl bedeutende Einfluß des Delatoren-Systems auf den selteneren Gebrauch derselben. — Gaj. III. 129—133, und manche den Interpolatoren entgangene Pandektenfragment weisen entschieden auf den praktischen Gebrauch derselben im Laufe des zweiten Jahrhunderts hin, und werden nicht ohne Zwang auf die Bücher der Argentarien beschränkt werden können. Es ließen sich selbst noch einige Zweifel erheben, ob sie zur Zeit des Pomponius außer Gebrauch waren (Sav. System IV. 119.)

3. Theophilus erzählt im Titel de litt. obl. von einem Verfahren in Frage und Antwort, welches der expensilatio in die rationes domesticae vorangegangen sei. Nach der v. Savigny gebilligten und bis heute sehr beliebten Ansicht erklärt man dies aus einer Verwechselung, die sich





Theophilus zwischen der syngrapha und dem alten Litteralkontrakt habe zu Schulden kommen lassen. Diese Annahme erscheint nach den bisherigen Erörterungen unmöglich, da die syngrapha niemals eine solenne Form, am wenigsten in Frage und Antwort, gehabt hat. Will man den Theophilus nicht geradezu der Unwahrhaftigkeit beschuldigen, so bleibt nur folgender Ausweg. Wir haben oben bemerkt, daß die Form der Frage und Antwort im älteren römischen Recht auch außer der Stipulation beliebt und gewöhnlich war, beim Kauf: *Tanti sunt mihi emtae? sunt;* bei der dotis dictio: *Tot mihi dati erunt? erunt;* bei der coemtio: an sibi materfamilias esse vellet? — Daß der expensilatio beiderseitiger Konsens vorangehen mußte ist gewiß; daß dieser Konsens in Form von Frage und Antwort erklärt zu werden pflegte, ist möglich; daß Theophilus diese Frage und Antwort mehr dem Sinne, als den Worten nach genau referirt, ließe sich entschuldigen.

Wie unstatthaft es sei die c. 6. Th. C. de denunc. mit Gans und vielen andern von der syngrapha zu verstehen, und überhaupt die syngrapha überall da einzumengen, wo man irgend etwas Quellenwidriges über die Bedeutung der römischen Schuldscheine behaupten will, ist vielfach gerügt.

---



Gedruckt bei Trowitzsch und Sohn in Berlin.



# I. Worterklärungen.



---

# II. Erklärte Stellen.

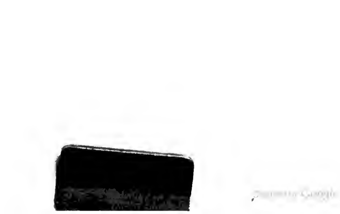


S. 256. Z. 22. lies (S. 244) statt S. 242.
S. 383. Z. 1. lies (S. 260) statt S. 345.









Digitized by Google

